

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

DANIEL LOPES PIRES XAVIER TORRES

NEGOCIAÇÃO NA FASE ADMINISTRATIVA DA DESAPROPRIAÇÃO
SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

GOIÂNIA

2020

Processo:

23070.051933/2020-99

Documento:

1933935

2. Nome completo do autor**Daniel Lopes Pires Xavier Torres****3. Título do trabalho****NEGOCIAÇÃO NA FASE ADMINISTRATIVA DA DESAPROPRIAÇÃO SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO****4. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador)**Concorda com a liberação total do documento [x] SIM [] NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante:

a) consulta ao(à) autor(a) e ao(à) orientador(a);

b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo da tese ou dissertação. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro;
- Publicação da dissertação/tese em livro.

Obs. Este termo deverá ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **DANIEL LOPES PIRES XAVIER TORRES, Discente**, em 11/03/2021, às 15:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Sílzia Alves Carvalho, Coordenador de Curso**, em 11/03/2021, às 16:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

[https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?](https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **1933935** e

DANIEL LOPES PIRES XAVIER TORRES

**NEGOCIAÇÃO NA FASE ADMINISTRATIVA DA DESAPROPRIAÇÃO
SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, nível Mestrado Profissional, da Universidade Federal de Goiás, sob orientação da Professora Doutora Sílzia Alves Carvalho como exigência parcial para obtenção de título de mestre.

Linha de pesquisa - Regulação, efetividade e controle constitucional das políticas públicas.

Projeto institucional - Conflituosidade, consensualidade e políticas públicas: mediação, conciliação e arbitragem e outros mecanismos consensuais na Administração Pública.

GOIÂNIA

2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Torres, Daniel Lopes Pires Xavier
Negociação na fase administrativa da desapropriação sob o prisma da análise econômica do direito. [manuscrito] / Daniel Lopes Pires Xavier Torres. - 2020.
CXVII, 117 f.

Orientador: Prof. Dr. Sílzia Alves Carvalho.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas, Goiânia, 2020.

Bibliografia.

Inclui siglas, abreviaturas, gráfico, lista de figuras.

1. Administração Pública. 2. Análise econômica. 3. Consensualidade. 4. Eficiência. 5. Negociação. I. Carvalho, Sílzia Alves, orient. II. Título.

CDU 342



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

FACULDADE DE DIREITO

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Ata nº **8 da Turma III** da sessão de Defesa de Dissertação de **Daniel Lopes Pires Xavier Torres**, que confere o título de Mestre(a) em **Direito e Políticas Públicas**, na área de concentração em **Direito da Administração e das Políticas Públicas**.

Ao/s **dezoito de dezembro de dois mil e vinte**, a partir da(s) **15h**, no(a) **por meio de videoconferência**, realizou-se a sessão pública de Defesa de Dissertação intitulada **“NEGOCIAÇÃO NA FASE ADMINISTRATIVA DA DESAPROPRIAÇÃO SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO”**. Os trabalhos foram instalados pelo(a) Orientador(a), Professor(a) Doutor(a) **Silzia Alves Carvalho (PPGDP-UFV)** com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Professor(a) Doutor(a) **Clarissa Sampaio Silva (UNIFOR)**, membro titular externo; Professor(a) Doutor(a) **Andrea Abrahão Costa (PPGDP/UFV)**, membro titular interno. Durante a arguição os membros da banca **não fizeram** sugestão de alteração do título do trabalho. A Banca Examinadora reuniu-se em sessão secreta a fim de concluir o julgamento da Dissertação, tendo sido(a) o(a) candidato(a) **aprovado(a)** pelos seus membros. Proclamados os resultados pelo(a) Professor(a) Doutor(a) **Silzia Alves Carvalho**, Presidente da Banca Examinadora, foram encerrados os trabalhos e, para constar, lavrou-se a presente ata que é assinada pelos Membros da Banca Examinadora, ao(s) **dezoito de dezembro de dois mil e vinte**.

TÍTULO SUGERIDO PELA BANCA



Documento assinado eletronicamente por **Sílzia Alves Carvalho, Coordenad**
Pós-Graduação, em 09/02/2021, às 14:55, conforme horário oficial de Brasília;
fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Andréa Abrahão Costa, Professo Magistério Superior**, em 10/02/2021, às 14:32, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Saulo De Oliveira Coelho, Coordenador de Pós-graduação**, em 22/02/2021, às 11:37, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_documento=1722949&o_acesso_externo=0, informando o código verificador **1722949** e o código CRC **9D9829B3**.

Referência: Processo nº 23070.051933/2020-99

SEI nº 1722949

Criado por marcus_teles, versão 5 por larissacmmc em 03/02/2021 21:46:28.

À minha família: meu pai, minha mãe e meus irmãos.
E também à Tefi.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha orientadora, Professora Sílzia Alves Carvalho (UFG), pelas valiosas lições recebidas, e sobretudo por ter acreditado em mim desde o começo, quando participava das aulas na condição de aluno especial. Agradeço também a Eliane, cujo incentivo foi determinante para o ingresso no mestrado, que ressignificou para mim a vida acadêmica.

Também, e como não poderia deixar de ser, agradeço aos meus pais, Neide e Xavier, pelo carinho, dedicação, amor e apoio incondicionais em todos os momentos, e aos meus irmãos Eugênio, Renato e Carol.

Aos queridos amigos do Colégio Militar de Fortaleza e de outras instituições de ensino, Lincoln, Yuri, Leonardo, Felipe, Ted, Elias, Lucas Melo, João Victor, Lucas Araújo, Edísio Neto, Ruan, Vitor, Igor, Rafael, Henrique, todos sem exceção contribuíram de maneira marcante na minha trajetória pessoal, acadêmica e profissional.

Outras pessoas foram decisivas na obtenção, tratamento dos dados, e elaboração dos gráficos, e merecem um registro especial, a saber Fabiana, colega do PPGDP-UFG, Elis, e Cláudia.

*O desafio contemporâneo do Estado (...) é sobretudo
contra as ineficiências.*

(Diogo de Figueiredo Moreira Neto)

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo ressaltar a eficiência como orientadora fundamental do agir administrativo, por meio de abertura a consensualidade e uso seletivo da imperatividade. Na fase administrativa da desapropriação, é preciso estabelecer um contraditório sumário, com a finalidade de ouvir o desapropriado e aprimorar a elaboração do laudo de avaliação. Dialoga-se com a análise econômica do direito, para sugerir a vantajosidade da negociação como forma de obter uma solução mais eficiente para o ente público, compatível com a economia de recursos públicos e a maximização da riqueza para a sociedade. Para tanto, é necessário fortalecer a atuação da advocacia pública e regulamentar, no âmbito de cada ente público, a fase administrativa da desapropriação. Por fim, é apresentado estudo empírico sobre os processos judiciais de desapropriação por utilidade pública e interesse social propostos pela administração pública direta e indireta no Estado de Goiás.

PLAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Análise econômica. Consensualidade. Eficiência. Negociação.

ABSTRACT

This work aims to emphasize efficiency as a fundamental guide for administrative action, through openness to consensus and selective use of imperativity. In the administrative phase of expropriation, it is necessary to establish a summary contradictory, in order to hear the expropriated and improve the preparation of the appraisal report. It dialogues with the economic analysis of law, to suggest the advantage of negotiation as a way to obtain a more efficient solution for the public entity, compatible with the economy of public resources and the maximization of wealth for society. To this end, it is necessary to strengthen the performance of Public Law and regulation, within the scope of each public entity, the administrative phase of expropriation. Finally, an empirical study is presented on the judicial processes of expropriation for public utility and social interest proposed by the direct and indirect public administration in the State of Goiás.

KEYWORDS: Public administration. Economic analysis. Consensuality. Efficiency. Negotiation.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: evidencia a sucumbência do Estado de Goiás nas ações de desapropriação: abrangência geral.....	104
Figura 2: evidencia a sucumbência do Estado de Goiás nas ações de desapropriação por utilidade pública e por interesse social.....	105
Figura 3: Diferença entre as médias da indenização ofertada administrativamente e a fixada judicialmente.	106

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

AGMA – Agência Ambiental de Goiás;

AGU - Advocacia Geral da União;

AED – Análise econômica do direito;

Art. - Artigo de documento normativo;

CCAF - Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal;

CCMA - Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual;

CF – Constituição Federal;

CNJ – Conselho Nacional de Justiça;

CPC – Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015;

CTGM – Controladoria Geral do Município de Belo Horizonte;

DEPRE/TJGO – Departamento de Precatórios do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás;

DERGO – Departamento Estadual de Rodovias de Goiás;

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária;

LINGB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;

PAD – Processo administrativo disciplinar;

PEC – Proposta de Emenda à Constituição;

PGE – Procuradoria Geral do Estado;

PGE/GO - Procuradoria Geral do Estado de Goiás;

PPMA - Procuradoria de Patrimônio e Meio Ambiente;

RPV – Requisição de Pequeno Valor;

SEI - Sistema Eletrônico de Informações;

SIP-APP - Seminários Integrados de Pesquisa em Articulação à Praxis Profissional;

STF - Supremo Tribunal Federal;

STJ - Superior Tribunal de Justiça;

SUSPAD – Suspensão do processo administrativo disciplinar;

TCA - Termo de Compromisso Ambiental;

TJ/GO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás;

TPU – Tabelas Processuais Unificadas.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI	17
2.1	A crise do Estado Moderno: dever de eficiência.....	17
2.2	Em busca de uma Administração Pública não adversarial	22
2.3	Processualidade ampla e a valorização do processo administrativo	25
2.4	A nova face do controle.....	30
3	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	41
3.1	Abordagem geral	41
3.2	Eficiência segundo Richard Posner	43
3.3	Teorema de Coase e a importância da negociação	52
3.4	Em busca de uma eficiência constitucionalmente qualificada	55
3.5	O arcabouço jurídico da negociação na Administração Pública na fase administrativa da desapropriação	57
3.6	Justa indenização como indenização fundamentadamente negociada	63
4	CONSENSUALIDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA	72
4.1	Política Pública: uma aproximação conceitual.....	72
4.2	Existe uma política pública de consensualidade no Brasil?	76
4.3	Positivização da fase administrativa como incremento em termos de consensualidade no instituto da desapropriação	81
4.4	A Criação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA) no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás – PGE/GO, e a instituição de medidas para redução de litigiosidade – Uma análise preliminar	86
5	ANÁLISE QUANTITATIVA DAS AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO NO ESTADO DE GOIÁS	91
5.1	Abordagem jurimétrica.....	91
5.2	Metodologia.....	92
5.3	Resultados de pesquisa	104
5.4	Conclusões de pesquisa	106
6	CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	108
	REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro vive uma contradição: apesar de vinculado à solução consensual de controvérsias, e dispor de um sistema jurídico que possibilita tratamento adequado dos conflitos, com institutos e leis promulgadas na história recente, continua a prevalecer no país a “cultura da sentença”, e os níveis de litigância da Administração Pública são elevados.

No âmbito da desapropriação, como tem se verificado na prática, em muitas situações o ente público é condenado ao pagamento de indenizações milionárias oriundas de processos de desapropriação que duraram anos, às vezes décadas. Nesses casos, o Poder Judiciário majora o valor da indenização que fora ofertada administrativamente, condenando o ente público ao pagamento da diferença, sobre o qual incidem juros compensatórios e moratórios, correção monetária, honorários advocatícios e demais encargos, o que é agravado pelo tempo elevado de tramitação dos processos judiciais.

Assim, o problema parecer consistir em como fazer com que os agentes públicos envolvidos diretamente na gestão dos conflitos, em especial os membros da advocacia pública, passem a utilizar efetivamente os meios consensuais, com destaque para a questão dos incentivos.

Utilizando alguns conceitos de análise econômica do direito, numa perspectiva pragmática e instrumental, trata-se da negociação como forma de obter uma solução eficiente para o ente público, compatível com a economia de recursos públicos e a maximização da riqueza para a sociedade.

É investigada a mudança de paradigma do Estado, que precisa se legitimar pela eficiência e pela efetividade na prestação e disponibilização de serviços públicos aos cidadãos. Deve-se reprogramar o modo de agir do Estado, ampliando a participação da sociedade, reduzindo a imperatividade e ampliando a consensualidade.

Nesse sentido, o primeiro capítulo aborda o dever de eficiência e o correlato direito fundamental à boa administração pública, com a finalidade de prevenir e encerrar litígios envolvendo o poder público. Também é abordada a responsabilidade do controle, que deve agir mais como um indutor do aperfeiçoamento de políticas públicas, e menos como sancionador.

O segundo capítulo, utilizando os ensinamentos de Ronald Coase (Teorema de Coase) e de Richard Posner, fixa as bases dogmáticas para a vantajosidade da negociação na fase administrativa da desapropriação, como o meio de obter uma solução eficiente e que maximize a riqueza do Estado, com economia de recursos. Propõe-se uma eficiência constitucionalmente

qualificada, como forma de temperar a racionalidade econômica, e são delineados os contornos de um conceito de justa indenização, para fins do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

O terceiro capítulo apresenta o tema da consensualidade como política pública, propondo os contornos para uma nova forma de agir estatal, por meio da contratualização administrativa. Ademais, propõe-se notadamente um incentivo para o fomento da consensualidade na fase administrativa da desapropriação: a sua positivação em ato normativo legal ou infralegal, com ganho em segurança jurídica.

Ao quarto e último capítulo se reserva uma investigação empírica, com abordagem jurimétrica, fundada em estudo observacional e estatística descritiva, para analisar as ações de desapropriação que tenham no polo ativo o Estado de Goiás ou entes da administração indireta.

A pesquisa teve por objeto de interesse os processos judiciais eletrônicos em tramitação na Justiça Comum no Estado de Goiás, e como questões de interesse a frequência da sucumbência do Estado de Goiás e dos entes da administração indireta nas ações de desapropriação (ações com trânsito em julgado), bem como sua expressividade (ações com precatório expedido), que em alguns casos pode ultrapassar 79.000%.

Dentre as limitações no estudo, está a ausência de análise da fase administrativa da desapropriação nos casos em que houve acordo preventivo de litígio, bem como a falta de acesso a dados mais amplos sobre as ações de desapropriação, por limitações em seu fornecimento seja Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, seja pela Procuradoria Geral do Estado de Goiás.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉCULO XXI

2.1 A crise do Estado Moderno: dever de eficiência

Em modelos políticos antigos não era comum a abertura de espaço ao exercício da liberdade individual, por isso a convergência de esforços – necessária à consecução dos objetivos do Estado – era obtida no mais das vezes por meio de coerção, e não pelo consenso¹. Isso é um dos motivos que pode explicar o desenvolvimento de uma postura de imperatividade, reminiscência do *ancién régime* no ramo administrativo, que marcou a tônica da atuação estatal ao longo do século XX.

Três revoluções foram marcantes para a desconcentração de poder das mãos do soberano:

“A desagregação do exercício do poder estatal concentrado no soberano, que produziu originariamente três complexos de funções autonômicas, desde então designadas como “poderes”, por metonímia, não obstante a unidade do poder estatal, foi uma auspiciosa dádiva das três revoluções liberais: a *inglesa*, que afirmou a instituição parlamentar como sede autônoma do exercício da função legislativa; a *americana*, que criou um sistema judiciário com garantia de autonomia para o exercício da função judicial; e a *francesa*, que transferiu do rei a uma burocracia autônoma o exercício da função administrativa.”² (destaque no original.)

Conforme salienta Medauar, só “a partir da metade da década de 50 do século XX começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com uma democracia que transpõe o limiar da eleição dos representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos”. Com isso, o modo de tomada de decisão passou a ser cada vez mais relevante³.

Sob o influxo dos dramáticos eventos da Segunda Guerra Mundial e das radicais transformações operadas pela Revolução das Comunicações, varreu-se definitivamente os restolhos do antigo regime, permitindo o desenvolvimento de uma nova democracia, estruturada a partir de quatro vetores principiológicos: direitos fundamentais, subsidiariedade, participação, e Constituição como ordem de valores diretamente aplicáveis⁴.

Acerca da subsidiariedade, o princípio é respeitado sempre que “a decisão do poder público venha a ser tomada de forma mais *próxima* possível dos cidadãos a que se destinem”,

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 161.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 162.

³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 163.

e expressa uma nova e mais dinâmica aplicação do luminoso princípio da separação de poderes⁵.

A participação expressa a legitimidade da ação do poder público:

“Nessas condições, o procedimento passa a ser, por via de regra, a nova e dinâmica forma de dar legitimação democrática imediata à ação administrativa, sem intermediação política ou com um mínimo indispensável de atuação dos órgãos legislativos, e, do mesmo modo, através do procedimento, a abertura à participação de interessados, conduzindo à tomada de decisões não apenas as casuísticas, mas as gerais, e, nesta hipótese, com a produção de regras igualadoras com aplicação a todos os que se encontrem nas mesmas circunstâncias reguladas”.⁶

Efetivamente, com poucas exceções, os modelos de democracia encontrados até o final da Segunda Guerra Mundial voltavam-se à obtenção de consensos apenas formais – eleitorais e representativos – enquanto os modelos desenvolvidos posteriormente prestigiam a obtenção de consensos substantivos – procedimentais e participativos⁷.

Nesse sentido, cabe ao direito administrativo restabelecer o equilíbrio entre as funções (“doma do poder”), buscando a paridade nas relações entre Estado e cidadão⁸, sendo formatado o conceito de administração democrática, que se relaciona ao conceito de democracia material⁹.

É “inegável que o consenso contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência)”, logo é preciso “dinamizar a própria democracia representativa no sentido de torná-la mais eficiente em termos de resultados”¹⁰, com uma legitimidade estabelecida no consenso.

Na verdade, o consenso é relevante não só por trazer vantagens diretas e mensuráveis para o poder público, como a economia de recursos públicos, mas também há um “fomento de civismo, aperfeiçoamento da participação cívica e de agilização de relações socioeconômicas”¹¹.

Assim, o Estado deixa de ser o centro da Política e do Direito, cedendo espaço para o cidadão: isso gera a reformulação do espaço público, que não é visto mais como campo de ação

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 165.

⁶ *Ibidem*, p. 166.

⁷ *Ibidem*, p. 188.

⁸ *Ibidem*, p. 161.

⁹ Ao lado dos direitos fundamentais, o conceito material de democracia constitui um dos grandes paradigmas que marcaram, política e juridicamente, a passagem do século XX para o século XXI: “Ora, o *antigo conceito formal de democracia*, como produto da expressão censitária da vontade de um eleitorado, não importa como se o defina em termos de sua composição, de tal modo abalado pelas trágicas experiências políticas do século XX, que culminaram com a propagação de ideologias totalitárias e radicais de que resultaram as hecatombes de três guerras mundiais, duas quentes e uma fria, mas não menos letal, transmutou-se, auspiciosamente, em um *conceito material de democracia*, definido por sua carga própria de valores.” Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 88, destaques no original.

¹⁰ *Ibidem*, p. 174/176.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 188.

privativa do Estado, gerando a ampliação do espaço público não estatal, e contribuindo para a superação do abismo que separa interesse público e interesse privado¹².

Nesse contexto, a eficiência não pode mais ser compreendida como a simples perfeição técnica da decisão, mas saber se ela se adéqua às demandas sociais¹³. O Estado, portanto, deve se afirmar como uma telocracia, com destaque para sua condição instrumental, e para as finalidades a serem perseguidas pela Administração Pública¹⁴.

Considerando a reconstrução de uma ordem de valores como alicerce constitucional, é preciso dar maior peso normativo ao princípio da eficiência, não em detrimento, mas em apoio/suporte ao princípio da legalidade:

“Está claro que essa reavaliação do constitucionalismo não só elevou a importância dos *princípios*, que até então era tidos pelo positivismo jurídico apenas como um grau mais elevado de generalização das regras, ao patamar de uma *categoria normativa autônoma e dotada de um sistema de eficácia próprio*, como possibilitou que o Direito Constitucional contemporâneo conquistasse novos e elevados parâmetros de efetividade.”¹⁵ (destaques no original)

Por isso, formata-se uma nova espécie de vício dos atos administrativos: o vício de ineficiência:

“O ato inidôneo a cumprir o fim legal é ato, por certo, maculado pelo vício de ineficiência, (...). O vício de ineficiência se isola a partir do momento que o ato até pode dar cumprimento ao fim legal, entretanto não da melhor maneira ou com o melhor resultado possível”¹⁶

O vício de eficiência se caracteriza quando, numa determinada situação concreta, a ineficiência se situe numa zona de certeza sobre a desatenção ao princípio, isto é, quando o erro é manifesto, a ineficiência é manifesta¹⁷.

Com efeito, a ineficiência caracteriza uma persecução mais frouxa do bem comum¹⁸, e, tanto quanto o vício de legalidade, o vício de ineficiência deve ser combatido ferrenhamente.

Todavia, em que a pese de evolução política, o aparato jurídico brasileiro ainda é pautado no Estado Liberal, com apego ao modelo administrativo burocrático fundado na

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, *passim*.

¹³ BATISTA JR., Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 67.

¹⁴ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 102.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 167.

¹⁶ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 184.

¹⁷ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 174/175.

¹⁸ *Ibidem*, p. 99.

proeminência da lei, que prevaleceu ao longo do século XX, centralizando suas preocupações em aspectos jurídico-formais e na garantia do cidadão contra abusos de poder do Estado. Ou seja, trata-se de um modelo garantístico.

Isso, porém, não basta para o novo modelo de Estado Democrático de Direito, o qual, num contexto de sociedade complexa e plural, apenas se legitima enquanto consegue satisfazer as necessidades sociais e atender a direitos fundamentais de seus cidadãos, o que normalmente exige o dispêndio de recursos.

Como os recursos são limitados e finitos, existe um imperativo de eficiência no âmbito da Administração Pública no trato dos interesses da coletividade, o qual está inclusive expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Logo, perdeu força a concepção legalmente estrita de que à Administração Pública incumbe a mera execução da lei, dando corpo a um modelo efficientista:

“A Administração Pública vai deixando de ser concebida como aquele aparato voltado para a pura execução das leis, mas vai passando a ser o instrumento apto a concretizar os fins e metas do Estado.”¹⁹

Sob outro aspecto, a modernidade evidenciou que a atuação da Administração Pública formalmente perfeita e acabada, a partir de descrição pormenorizada e rígida de todos os elementos, pode ser ineficiente e não conduzir a um resultado ótimo. Afinal, tal rigidez não se coaduna com a dinamicidade das necessidades contemporâneas:

“A realidade moderna provou que uma atuação formalmente perfeita, ajustada minuciosa e rigidamente, em todos os seus elementos e momentos procedimentais, à prévia regra legal, pode não garantir a obtenção de um resultado ótimo, pode ser ineficiente.”²⁰

Como a legalidade surgiu com o papel de limitar o executivo monárquico, quando o poder executivo passou a ascender ao poder por meio de eleições, o papel da legalidade se modificou²¹.

Por isso, o princípio da eficiência se faz presente para atenuar a rigidez e o formalismo exacerbado que, tendencialmente, não favorecem a eficiência²². Deve-se buscar meios para desburocratizar a atuação administrativa, que deve agir de forma mais simples, célere e produtiva:

¹⁹ *Ibidem*, p. 89.

²⁰ *Ibidem*, p. 89.

²¹ *Ibidem*, p. 104.

²² *Ibidem*, p. 108.

“A rigidez do modelo burocrático conduziu a Administração Pública, em especial nos países mais pobres, a um emaranhado infundável de normas, desenvolvendo uma cultura administrativa de rigoroso e cego apego às regras formais. Este apego ao formal acabou por fazer dominar a ‘cultura do não’, do receio pela quebra de qualquer regra regulamentar, ou mesmo dos procedimentos cravados em portarias, circulares ou resoluções, que, na verdade, pouco conhecem. O resultado é uma incomensurável resistência à mudança, com um afogamento da iniciativa, da inovação, da ousadia, em perigoso atentado à eficiência.”²³

Como a finalidade transcende a letra da lei²⁴, o que se busca na realidade é uma “flexibilização responsável” em busca da atuação ótima voltada ao atendimento dos interesses sociais e à busca do bem comum:

“Os referenciais para a decisão administrativa não podem estar gessados na lei, caso contrário prejudicada restaria a condição da decisão de se ajustar às circunstâncias, muitas delas instáveis e conjunturais, e, por vezes, só verificáveis quando da execução”.²⁵

Aliás, o excesso legislativo pode, inclusive, subjugar o cidadão desprovido de recursos, e ser utilizado em apoio a interesses escusos:

“A profusão legislativa e a supervalorização da ideia garantística, na realidade, servem sobretudo a interesses econômicos, porque, quanto mais se multiplicam as regras, tanto mais fácil à Administração Pública subjugar o cidadão desprovido de recursos, impedindo-lhe o acesso à tutela jurídica, que assim se faz mais longínqua e onerosa.”²⁶

Cumprido ressaltar desde logo que essa compreensão não significa abandonar ou ofuscar os demais princípios constitucionais, nem atuar à margem da lei em nome de uma pretensa eficiência, o que significaria uma subversão do próprio Estado de Direito, trazendo insegurança jurídica e outras consequências negativas. Na realidade, é preciso encontrar um equilíbrio entre o modelo garantístico e o modelo efficientista²⁷.

Sob essa ótica, deve-se abandonar a ideia de “relação de subsunção” à lei e substituí-la pela ideia de “função”²⁸, ligada em primeiro lugar à prossecução do bem comum, e em segundo

²³ Ibidem, p. 108.

²⁴ Ibidem, p. 148.

²⁵ Ibidem, p. 154.

²⁶ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 163.

²⁷ “O Direito Administrativo de um Estado Democrático de Direito (...), como mencionado, cumpre pelo menos duas grandes linhas de funções fundamentais: uma “eficientista” e outra “garantística”. Por isso, o Direito Administrativo porta uma “conflituosidade máxima”, e o entendimento desequilibrado e descompassado com esse caráter bipolar de funções pode trazer distorções insolúveis e incompatibilidade para com a ideia fundamental de Estado Democrático de Direito, social em seu desiderato.” Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 90.

²⁸ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 139.

lugar à atuação dos agentes públicos na satisfação dos interesses públicos cuja tutela lhes tenha sido conferida.

Conforme salienta Moreira Neto, citando Umberto Allegrati:

“Tem-se uma afirmação hoje amplamente aceita, tal como se constata da seguinte passagem em que esse último autor mencionado afirma que a visão democrática ‘se traduz no conceber a administração como atividade de realização de tarefas, ou como atividade voltada a um fim, o que transmite a ideia função’ (...)”²⁹.

Portanto, o desafio contemporâneo do Estado não é mais só contra o arbítrio do poder, não é mais só contra o abuso do poder, também não é apenas contra as imunidades do poder, mas é sobretudo contra as ineficiências³⁰.

2.2 Em busca de uma Administração Pública não adversarial

O Brasil assiste hoje a uma proliferação de processos judiciais, muitos dos quais envolvem o Estado. Logo, a relação entre Administração Pública e o cidadão, destinatário de direitos, para quem se orienta toda sua atuação estatal, tem sido marcada – contraditoriamente – pela tônica adversarial.

Isso explica ao menos em parte porque os institutos para a solução consensual de conflitos ainda encontram resistência para sua implementação. Como consequência, assistiu-se a uma proliferação de ações judiciais no país. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça³¹, em 2017 atingiu-se a marca de 80,1 milhões de processos judiciais em tramitação, e ainda com elevada taxa de congestionamento, passando dos 70%. Ou seja, num fenômeno conhecido como “crise da jurisdição”, existem processos judiciais demais, e eles são extremamente morosos.

O Estado brasileiro, assim, parece estar diante de alguns problemas: dentre eles os altos índices de litigância judicial. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça³², dentre os 100 maiores litigantes do país, as pessoas jurídicas de direito público, em suas diversas esferas, assinaladas como “setor público”, ocupam com folga o extrato superior, alcançando o topo em alguns ramos como Justiça Comum e Justiça Federal.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 386.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 104.

³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

³² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **100 maiores litigantes**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2020.

E essa postura adversarial, apegada a noção estreita de supremacia do interesse público, tem ocasionado diversas externalidades negativas, comprometendo a produtividade e refreado a eficácia de muitas de suas ações, seja no âmbito de processual judicial ou de processo administrativo, frequentemente chegando a jogos de soma zero.

Porém, nas últimas décadas, o conceito de supremacia vem sofrendo ressignificação, na medida em que se reconhece a diminuição do hiato que separa o Direito Privado e o Direito Público. De fato, os interesses individuais estão cada vez mais imbricados com os interesses coletivos, sendo possível falar em verdadeira conexão estrutural³³. Não há espaço para a separação absoluta entre eles, pois não são excludentes, mas complementares entre si.

Nesse passo, cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público. Só assim é observado o interesse público primário, que é o verdadeiro e único interesse público³⁴.

Sob outro enfoque, a celebração de compromissos administrativos de forma proba pode apresentar grande vantajosidade, e deve ser incentivada face a um imperativo de eficiência. Por isso o estilo administrativo deve ser reprogramado, abrindo-se a negociação público-privada proba e legítima, que atenda aos princípios constitucionais e seja adequada (que alcance o fim pretendido), necessária (com a menor onerosidade possível) e proporcional *stricto sensu*:

“Um processo administrativo decisório mais democrático permite que a Administração Pública deixe de ser algo externo e distante do cidadão, favorecendo a participação do administrativo na formatação da decisão administrativa. No entanto, deve-se frisar que a participação direta do administrado não quer dizer que a Administração Pública tenha se afastado da lei nem do desiderato de eficiência administrativa, muito menos elimina a democracia representativa.”³⁵

Esse novo estilo exige uma mudança de mentalidade dos envolvidos no conflito, notadamente por parte da advocacia pública, para pensar de maneira não adversarial, inclusive com o desenvolvimento de habilidades de negociação, somente litigando quando a intervenção judicial for absolutamente necessária.

“(…) Cultural e biologicamente, a beligerância não é destino. No entanto, para sobrepassar o influxo antagonista, o agente público (inclusive o MP) é chamado a

³³ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 186.

³⁴ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 128, p. 59-78, out. 2005, p. 60.

³⁵ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 68.

cultivar aptidões e habilidades negociais, subjetivas e objetivas, absorvendo técnicas consagradas e até inovações disruptivas como a “plataforma ponto a ponto para a resolução de disputa”. Sem dúvida, é mais econômico e decente fazê-lo, uma vez que afasta o peso morto da derrota certa ou da vitória de Pirro, ambas com o sabor amargo. É mais eficiente concentrar o foco, em termos contenciosos, na intervenção judicial indeclinável³⁶

Considerando o imperativo de eficiência, e o direito fundamental à boa administração pública³⁷, que se liga também à prevenção e à precaução, a Administração Pública deve evitar o conflito e diminuir a litigiosidade, em busca de uma “pacificação duradoura”.

Eidt pontua ser proveitoso o paralelo com o processo judicial, a fim de estimar a chance de vitória da tese fazendária, estabelecendo o dever de os entes públicos comporem os litígios em que é possível visualizar o insucesso³⁸:

“Esta postura, além de ser a única condizente com os princípios da legalidade e da moralidade, é também a única condizente com os princípios da eficiência, da razoabilidade da duração do processo e do acesso à justiça, pois evitará que incidam sobre o débito acréscimos moratórios decorrentes da morosidade do processo judicial, e permitirá o encerramento antecipado do litígio, aliviando o Judiciário da sobrecarga desnecessária representada pelo julgamento de inúmeros feitos em que resta vencido o Poder Público.”³⁹

A Administração Pública não é livre para atuar de forma ineficiente. A discricionariedade, que é uma operação intelectual e não volitiva⁴⁰, deve se orientar à busca da satisfação do bem comum – via solução ótima – da melhor maneira possível (que frequentemente pode ser uma solução consensual), não simplesmente adotando a de menor custo. Enfim, aquela que leve em consideração a singularidade do caso concreto. Só assim se justifica a margem de liberdade conferida ao administrador público:

“A discricionariedade expressa que o dever de escolha da melhor solução, perante as circunstâncias, foi deixado, pelo legislador, para o administrador. Nesse sentido, a liberdade do administrador, abstratamente verificável na norma, não é a mesma liberdade que a norma lhe confere perante o fato. (...) A solução ótima é aquela que mais estritamente guarda correspondência com o princípio da persecução necessária do bem comum. O administrador público deve, na margem de discricionária, buscar a melhor solução possível, que não é simplesmente aquela de menor custo

³⁶ FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; v. 276, p.25-46, set./dez. 2017, p. 6.

³⁷ Cf. FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 2014.

³⁸ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 135.

³⁹ 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. 178.

⁴⁰ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p.156.

(economicidade), ou aquela de maior qualidade para o usuário, mas aquela que considera a complexidade e a multiplicidade dos fins que o Estado busca, isto é, aquela que leve em conta os múltiplos aspectos da ideia de eficiência. Por isso que, abstratamente, não existe a *priori*, uma solução unívoca a ser aplicada em cada caso.⁴¹

Somente com a mentalidade voltada para esse tipo de ação é possível estimular uma saída organizada dos jogos administrativos de soma zero, que findam por retroalimentar uma espiral onerosa da litigiosidade. “Gradativamente, a postura belicosa tem que ser substituída pela racionalidade intersubjetiva, em sintonia fina com o ideal regulador de primado de interesses convergentes, em jogos cooperativos do tipo *win-win*”⁴².

E o papel da advocacia pública neste contexto ganha relevo. Ela deve assumir sua responsabilidade, e atuar de maneira técnica, independente e ética na busca de soluções consensuais dos conflitos, procedendo a criteriosa avaliação da necessidade do ajuizamento/continuidade de processos judiciais, evitando sua proliferação infundada.

Na linha do sistema multiportas⁴³, é preciso identificar o meio mais adequado de solução de conflitos, devendo ser privilegiada a consensualidade.

2.3 Processualidade ampla e a valorização do processo administrativo

Segundo Adolfo Braga Neto, em todos os países de língua latina é notória a existência de um paradigma de que a justiça ou o acesso à justiça é sinônimo de que o cidadão necessita se valer do Poder Judiciário para que este delibere sobre suas questões. Tal fato leva ao ilusório de que o sistema judicial atende a todos os interesses e as necessidades dos cidadãos⁴⁴.

Talvez por isso no Brasil seja comum entender o “processo” apenas como o processo judicial, reduzindo-o a uma propriedade da justiça. Porém, como sustenta Odete Medauar, “(...)

⁴¹ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 157.

⁴² FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; v. 276, p.25-46, set./dez. 2017, p. 7

⁴³ A esse respeito, ensina o professor André Gomma de Azevedo: “A discussão acerca da introdução de mecanismos que permitam que os processos de resolução de disputa tornem-se progressivamente construtivos, por meio da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça buscou ultrapassar a simplificada e equivocada conclusão de que, abstratamente, um processo de resolução de disputas é melhor do que outro. Foram desconsideradas também soluções generalistas como se a mediação ou a conciliação fossem panaceias para um sistema em crise. Dos resultados obtidos no Brasil, conclui-se que não há como impor um único procedimento autocompositivo em todo território nacional ante relevantes diferenças nas realidades fáticas em razão das quais foram elaboradas.” Cf. AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como Política Pública Nacional. In PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 22). Nesse sentido, a importância do instituto reside, antes da tudo, na identificação do meio mais eficaz de solução de litígio, para só como consequência gerar a redução do número de ações judiciais.

⁴⁴ BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. In: WALD, Arnaldo (coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 4, número 15. Revista do Tribunais, 2007, p. 86.

do ponto de vista jurídico-teórico não é sustentável essa redução, porque o ‘processo’, por sua própria natureza, pode ocorrer em todas as funções estatais, (...)”⁴⁵.

Ainda mais enfático é Fredie Didier Jr., ao afirmar que “Processo é categoria da Teoria Geral do Processo (...). O processo jurisdicional é apenas uma das espécies de processo. Há ainda o processo legislativo, o processo administrativo e o processo negocial.”⁴⁶

Logo, é possível se falar em processualidade também no âmbito do processo administrativo. Ela significa, na esteira do que já foi mencionado em tópico anterior, que ela está vinculada a uma *função*, a de bem atender ao interesse da comunidade, sendo identificados também no processo administrativo os seguintes elementos: a) representa a transformação dos poderes administrativos em atos, b) implica sucessão encadeada e necessária de atos, c) é figura jurídica diversa do ato, por isso seu estudo difere do estudo do ato administrativo, d) mantém correlação com o ato final em que desemboca e por fim e) há um resultado unitário com atuação interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, o que caracteriza o contraditório⁴⁷.

Sob a ótica do acesso à justiça, o processo administrativo também obedece ao devido processo legal, devendo a regra do art. 5º, LIV, CF, pela qual ninguém privado de sua liberdade ou de seus bens, sofrer interpretação ampliativa.

Segundo Medauar, “o processo administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX, e início do século XXI e a demanda de democracia na atuação administrativa”⁴⁸.

A seu turno, explica Moreira Neto: “É sobre esses fundamentos – material e formal – a busca da eficiência das políticas públicas e o rigor do atendimento da processualidade – que se vai erguendo a formidável arquitetura juspolítica da nova administração pública.”⁴⁹

De fato, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) é direito constitucional que tem uma acepção formal e outra material. Conforme ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, recusa-se uma abordagem meramente formal do acesso à justiça (disponibilidade dos instrumentos e procedimentos para solução de conflitos), para se atingir outro patamar, dado que “O efetivo

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 45.

⁴⁶ DIDIER Jr. Fredie. **Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2018, p. 92.

⁴⁷ MEDAUAR, Odete. **Op. Cit.**, p. 45.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.162.

⁴⁹ MOREIRA NETO, **Op. Cit.**, p. 176.

acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social”⁵⁰.

Sob outro aspecto, a efetiva solução dos conflitos não significa apenas o desafogamento do Poder Judiciário. É necessário pensar seriamente em termos de consensualidade. Caso contrário, perpetua-se o conflito, retroalimentando a espiral de litigiosidade, agora no âmbito administrativo⁵¹.

O que não se pode admitir, por exemplo, é que a consensualidade seja útil apenas para se contornar elementos nefastos de uma litigância judicial (morosidade sistêmica⁵²) contra a Fazenda Pública (pagamento via precatório), de forma que a parte se sinta coagida a aceitar um acordo possivelmente desvantajoso em seus termos (redução do proveito obtido), na busca da terminação do litígio ou na busca de uma celeridade que já deveria ser obedecida. Em casos como este, a coação se traveste de negociação, e o acordo tem somente ares de consensualidade.

Isso sem falar na ausência de efetividade de certas decisões judiciais, que não têm aptidão para serem implementadas no mundo dos fatos, pois a espécie de conflito não é adequadamente solucionada no âmbito do Poder Judiciário⁵³.

Existem é claro algumas iniciativas bem sucedidas⁵⁴ da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF e também em âmbito estadual, que envolvem negociação. Contudo, é preciso mais que isso.

Além de incentivar que tais iniciativas se espalhem pelos diferentes entes da federação, inclusive os municípios, deve-se pensar em mais em horizontalidade que em verticalidade, para evitar o chamado “efeito torção de braço”⁵⁵ pela “cultura da exorbitância”⁵⁶, a qual consiste

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 75.

⁵¹ Por exemplo, a litigiosidade seria transferida para as Câmaras de Conciliação e Mediação, a serem criadas nos termos do art. 32 da Lei n. 13.140/2015 e art. 174 do CPC/2015, porém sempre com “recurso” ao Poder Judiciário, considerando a inafastabilidade da jurisdição. Seria uma perniciosa “justiça paralela”.

⁵² Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 34-50.

⁵³ Imagine-se uma ação civil pública julgada procedente, condenando um determinado município a implementar uma política pública de saneamento básico (art. 8º-A, da Lei n. 11.445/2007). Como se pensar em efetividade da decisão sem diálogo com o próprio município, conhecendo a fundo a política pública a partir da experiência da Administração, as condições econômicas e orçamentárias, a fim de elaborar uma cronograma de execução palpável?

⁵⁴ Conforme palestras da Advogada da União Kaline Ferreira Davi e da Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul Elisa Berton Eidt, respectivamente sobre as experiências no âmbito da CCAF e da Câmara de Conciliação e Mediação da PGE/RS, durante o seminário “Consenso e Métodos Autocompositivos na Administração Pública”, que ocorreu nos dias 16, 17 e 18 de outubro de 2018, na Escola da AGU, em Goiânia/GO.

⁵⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Devido Processo Legal na Consensualidade Administrativa**. In: SCHIRATO, V. R.. Coordenador, Estudos atuais sobre ato e processo administrativo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, p. 16.

⁵⁶ “(...) Considero a cultura de exorbitância como o axioma de que a Administração Pública encontra-se invariavelmente em posição de superioridade com relação ao particular, na qualidade de defensora do interesse

basicamente na desnaturalização do acordo, com a imposição pela Administração Pública de suas prerrogativas em situações de negociação, levando a um consentimento meramente formal da outra parte com relação aos termos pactuados, os quais já foram previamente definidos pelo poder público.

A Administração Pública não deve sentar à mesa de negociação revestida de prerrogativas públicas intransponíveis, mas com mentalidade aberta para tentar solucionar o conflito de forma vantajosa para ambas as partes (*win-win*).

Parece mesmo oportuno ressaltar que o administrado, ainda que tenha ajuizado uma ação contra a Fazenda Pública, não é “inimigo” do Estado, e, na dimensão do humano, deve ser tratado com respeito e ter seu pleito seriamente analisando pela Administração, e não esmagado pelo litígio judicial para que, após longa tramitação, exausto, capitule:

“A realização concreta do direito ao acesso à justiça, conquanto se relacione com aspectos formais, exige uma compreensão mais ampla em que a pacificação social alcance a dimensão da pessoa. Não se trata apenas de resolver um conflito jurisdicionalizado ou submetido a algum outro método considerado mais adequado para o caso, a fim de que o Poder Judiciário alcance suas metas, e melhore seus índices de produtividade, e sua taxa de congestionamento demonstre uma maior eficiência e efetividade dos serviços prestados. O interessado parcial - jurisdicionado, nessa relação conflituosa, se apresenta como um mero inconveniente que deve aceitar o seguinte: “é melhor resolver logo, do que esperar uma justiça incerta e demorada”.⁵⁷

Aliás, essa é uma forma de negociação que frequentemente não se sustenta: a estratégia de colocar o adversário de joelhos, ater-se a posições (que para a Administração Pública se traduz em manter formalismos desnecessários, enclausurada numa rigidez irracional) e não buscar soluções criativas (mantendo a cultura do não), são sistematicamente refutados pelas modernas técnicas de negociação⁵⁸.

público, e, desse modo, determina que sempre a Administração se valha de grandes vantagens para que a decisão pública seja considerada boa decisão. A consensualidade desafia esta lógica tradicionalmente incutida na cultura jurídica.” Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi. **Op. Cit.**, p. 25.

⁵⁷ CARVALHO, Silzia Alves. Sistema processual e acesso à Justiça. Um problema de realização prática do direito. *In Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line]*, organização CONPEDI/ UNISINOS. Coordenadores: Luiz Fernando Bellinetti; Renata Almeida da Costa; Magno Federici Gomes. – Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 80-99, p. 95.

⁵⁸ Na linha da “negociação por princípios”, da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos. Cf. FISHER, Roger; URY, William. **Getting to yes: negotiating an agreement without giving in**. Random House Business Book, 2008.

É claro, existe o inegociável⁵⁹. Porém, como os princípios da administração moldam e condicionam a negociação proba⁶⁰, parece existir, em número significativo de casos, uma zona de certeza positiva ou outra negativa, sobre o que pode vir a ser um acordo vantajoso ou não⁶¹, existindo uma espécie de zona cinzenta que os separa.

Por isso, deve-se pensar menos em termos do que é proibido-permitido, na linha do que foi exposto anteriormente sobre eficiência e “flexibilização responsável”, e mais na valorização do processo administrativo como meio idôneo para a solução consensual de litígios. A Administração tem o dever e também as *condições* de resolver seus próprios litígios, com submissão apenas dos litígios indeclináveis ao Poder Judiciário.

É preciso, entretanto, que haja cometimento do agente público na busca da solução ótima. No caso do particular, a vantajosidade é buscada pelo interesse próprio. No caso da Administração, a vantajosidade deve ser buscada em razão do interesse público fundado no princípio da eficiência, para, com foco em *accountability*⁶², criar mecanismos primordialmente indutores para incentivar os agentes públicos ao alcance de metas e resultados, inclusive por meio de incentivos e benefícios aos envolvidos.

Caso contrário, os instrumentos consensuais tendem a cair em descrédito:

“Consterno-me com a possibilidade de os instrumentos consensuais terem um fim trágico no médio prazo, diante a perpetuação de um estatismo, que afasta a efetiva colaboração dos particulares com a gestão pública, e da cultura da exorbitância, com a apresentação da Administração à mesa de negociação revestido de prerrogativas públicas intransponíveis. Pouca atenção se tem dado à negociação dos acordos administrativos, quando, na verdade, a consensualidade é primordialmente um mecanismo de negociação. Se a negociação inexistente ou não confere ao particular mecanismos efetivos de proposta e contraproposta, a consensualidade está em risco”.⁶³

⁵⁹ Juarez Freitas traz os seguintes exemplos situações que não admitem a negociação: inegociável. Desse modo, no sistema brasileiro, estão manifestamente vedadas: (a) soluções consensuais ímprobadas; (b) soluções Consensuais desproporcionais; (c) soluções consensuais opacas e refratárias aos procedimentos de controle e autocontrole; (d) soluções consensuais que sufocam conflitos sem resolvê-los; e (e) soluções consensuais que almejam contornar a reserva legal. Cf. FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; v. 276, p.25-46, set./dez. 2017, p. 42.

⁶⁰ Vide as práticas autocompositivas inominadas. Cf. AZEVEDO, André Gomma de A. (Org.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015. p. 25.

⁶¹ “Não existem critérios uniformes e seguros que distingam os bens disponíveis dos indisponíveis. A separação e classificação dos direitos públicos como indisponíveis e privados como disponíveis não é adequada, pois há interesses públicos disponíveis e interesses privados indisponíveis. Pode-se dizer que, predominantemente, direitos públicos são indisponíveis e direitos privados são disponíveis.” Cf. GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 249.

⁶² ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública: responsabilidade, metas e diálogo aplicados à Administração Pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 84.

⁶³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Op. Cit.** p. 18.

Por isso, no novo estilo administrativo, de mentalidade negocial e eficiente, o processo administrativo deve ser levado a sério, e considerado uma importante ferramenta para a solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública.

2.4 A nova face do controle

Uma das mais importantes funções estabelecidas na Constituição Federal é a função do controle, a qual em linhas gerais busca verificar a conformidade da atuação da Administração Pública com certas balizas, notadamente os princípios indicados no *caput* do art. 37. Dentre as várias espécies de controle (v.g. administrativo, judicial, social), destaca-se para fins deste trabalho a previsão dos artigos 70 a 75, que trata do controle interno e do controle externo.

O controle interno é aquele que a Administração Pública exerce sobre os próprios atos, e baseia-se na ideia de hierarquia. Porém, não se confunde com a noção de autocontrole fundado nas Súmulas n.º 346⁶⁴ e 473⁶⁵ do Supremo Tribunal Federal - STF. Nesse sentido, controle interno é a expressão que designa os organismos encarregados da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial no âmbito do respectivo ente, em harmonia com o controle externo. Exemplos típicos são controladorias e corregedorias.

A seu turno, o controle externo é o exercido por órgão distinto, e que não integra a estrutura do ente responsável pelo ato controlado. Também se encarrega da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, mas fica a cargo do Poder Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas.

Desde a promulgação do texto constitucional de 1988, a função do controle tem se ampliado, ganhando cada vez mais notoriedade e espaço, como se constata do rol de competências elencado na CF, colocando a sua disposição poderosos instrumentos de fiscalização e até de sanção. Mais recentemente, cite-se a Proposta de Emenda à Constituição n.º 188, de 5 de novembro de 2019, com ampliação da competência do Tribunal de Contas da União, para torná-lo um regulador nacional⁶⁶.

⁶⁴ Súmula 346 do STF: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

⁶⁵ Súmula 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁶⁶ Referida PEC busca alterar o art. 71 da CF, que trata das competências do Tribunal de Contas da União, para autorizá-lo a “consolidar a interpretação das leis complementares de que tratam os arts. 163, 165, § 9º, e 169 [relativos aos temas fiscal, orçamentário e de pessoal]” através de “Orientações Normativas” dotadas de efeito vinculante em relação aos tribunais de contas estaduais e municipais. Em caso de descumprimento pelo tribunal local, caberia reclamação ao TCU, e ainda com possibilidade de avocação.

Todavia, não obstante suas relevantes funções, tem-se verificado na prática uma exacerbação do controle, com foco em aspectos formais atrelados ao princípio da legalidade estrita e o desenvolvimento de um “viés pró-controle”⁶⁷.

Esse “viés pró-controle” – no mais das vezes envolvendo o tema de improbidade administrativa – se manifesta em “sucessivos abusos de interpretação, especialmente por parte do Ministério Público”, o que certamente desestimula que pessoas bem intencionadas ingressem na política⁶⁸.

Nesse contexto, as ações de improbidade são propostas contra a Administração Pública tomando as questões formalistas como o único critério para a avaliação do ato administrativo, desse modo a imagem do administrador público, dos servidores técnicos e da própria atividade estatal são expostas ao julgamento da sociedade, antes mesmo da análise do mérito e da legitimidade do ato.

O fenômeno foi captado por Luciano Ferraz:

“A despeito da nítida evolução do sistema de controle externo desempenhado pelas cortes de contas no Brasil após a Constituição de 1988, ainda se encontram em muitos aspectos ligados ao formalismo e aos vezos da burocracia, ao princípio da legalidade estrita e ao ato administrativo (falta de empenhos prévios, liquidações, exames formais de licitações e contratos, atos de aposentadorias, auditorias de regularidade), descurando da real competência que lhes é outorgada: a de controlar a legitimidade e a economicidade da gestão pública.”⁶⁹

Observa-se que o direito administrativo, originariamente, adotou a perspectiva da centralidade do ato administrativo. Como consequência o controle é partícipe de uma cultura que parece privilegiar o equívoco em detrimento do acerto, encontrar a falha do gestor e não um meio adequado para a correção de rumos, a legalidade estrita em prejuízo da eficiência.

A legitimidade e a economicidade de que trata o autor, portanto, deságuam num conceito mais amplo, o de juridicidade, para suplantar a concepção de legalmente estrita que percebe a Administração Pública como mera executora da lei. Considerando-a essencial, porém não suficiente, a lei não é mais o instrumento único ou a peça primordial. Passa a ser apenas mais

⁶⁷ Neste caso fala-se em uma sobreposição da interpretação dos órgãos de controle sobre àquela cunhada pelo gestor público, sem qualquer justificativa aparente que não o simples fato de se tratar do controle. JORDÃO, Eduardo. O viés pró-controle e suas distorções interpretativas. **JOTA**. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-vies-pro-controle-e-suas-distorcoes-interpretativas-26022020>>. Acesso em: 1º mar. 2020.

⁶⁸ FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins) / Luciano Ferraz. – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 156.

⁶⁹ FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins) / Luciano Ferraz. – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 105.

um dos tantos instrumentos necessários para a consecução dos fins e metas do Estado. Logo, deve ser suporte e não empecilho, o que dá corpo ao já referido modelo efficientista e seu viés finalístico.

É preciso, ademais, reforçar a coordenação entre os órgãos encarregados de fiscalização e controle, em todos os âmbitos, o que se torna premente devido à multiplicidade de normas existentes e à complexidade do nosso ordenamento jurídico, com três categorias de entes federativos autônomos.

Apesar disso, ainda parece caminhar a passos lentos a mudança de perspectiva do controle, e isso, de certa forma, pode ser compreendido à luz da “espetacularização do controle”. Na última década, escândalos de corrupção têm sido noticiados pela mídia com frequência, sendo o controle chamado a oferecer uma resposta à sociedade. Isso tem inflado a desconfiança aos agentes públicos, às voltas com crimes financeiros e desvios de recursos públicos.

Consequência dessa desconfiança é que os gestores públicos tendem a interpretar restritivamente a legalidade administrativa, evitando a adoção de soluções criativas que eventualmente poderiam ser mais proveitosas para o ente público e para a coletividade.

Por outro lado, são fundamentos do Estado Contemporâneo a Democracia e o Direito, que se articulam na busca de um objetivo: a efetividade dos direitos fundamentais. O meio utilizado são as políticas públicas, que por conceito visam realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, atendendo a necessidades da população, especialmente em relação a direitos sociais. Logo, existe uma vinculação direta entre políticas públicas e direitos fundamentais⁷⁰.

Apesar disso, Saulo de Oliveira Pinto Coelho e Alline Neves de Assis advertem que, entre a consolidação da promessa de direitos e sua efetiva entrega, desenvolveu-se uma experiência político jurídico-governamental marcada pela patologia de simular e dissimular a promoção de direitos por meio de políticas públicas, o que se daria por meio da espetacularização das políticas públicas⁷¹.

Os referidos autores, com arrimo em Guy Debord, definem o “espetáculo” como:

“(…) uma resultante do modo de produção capitalista, tendo como fundamentos o consumo exacerbado devido a um fetichismo da mercadoria e a alienação das pessoas, ou seja, a ilusão da mentira convertida em realidade, com o objetivo de produzir a

⁷⁰ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto, ASSIS, Alline Neves. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 541-584, jul./dez. 2017, p. 546.

⁷¹ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto, ASSIS, Alline Neves. **Op. Cit.**, p. 547.

estabilização do binômio produção-consumo como núcleo do existir social contemporâneo.”⁷²

Utilizada como uma fuga da vida, das preocupações e das angústias, e como um meio de propiciar diversão e entretenimento (agora valores supremos), a espetacularização teve dentre as consequências negativas a generalização da frivolidade e a *mediocrização* da vida cultural, baseada numa facilitação formal e superficial dos conteúdos. Nessa linha, a forma importa mais que o conteúdo, a aparência mais que a essência, numa representação teatral que ocupa o lugar de sentimentos e ideias.⁷³

Moreira Neto destaca a *charlatanice* de alguns legisladores, demasiadamente preocupados com os efeitos midiáticos de suas medidas⁷⁴:

“Trata-se, portanto, (...) de realizar efetivamente os valores constitucionais, sem desvio e sem dissimulação, nem pelo emprego desabusado da *charlatanice de legisladores* – pelo uso imoderado de leis – mais preocupados com os efeitos *midiáticos* de seus projetos do que com os efeitos *jurídicos* das normas legais que propõe e votam (...)”⁷⁵

Na formulação e na implementação de políticas públicas há interação de vários atores para a resolução de problemas concretos. E como a mídia assume o papel de mediar o debate entre a sociedade e o governo, acaba por participar ativamente nas principais fases do processo de concretização das políticas públicas, firmando-se como importante ator social⁷⁶.

Isso, aliado a um processo de globalização que enfraqueceu, de certa forma, o poder político estatal (como aconteceu no Brasil com a redemocratização na década de 80), agravou esse fenômeno da espetacularização da política, em que o Estado se preocupa mais com a imagem de suas ações que realmente concretizar o bem-estar da sociedade⁷⁷.

⁷² COELHO, Saulo de Oliveira Pinto, ASSIS, Alline Neves. **Op. Cit.**, p. 548.

⁷³ LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. São Paulo: Objetiva, 2013, p. 15.

⁷⁴ No mesmo sentido, conferir o conceito de constituição simbólica, cunhado por Marcelo Neves Cf. NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro** / Marcelo Neves; tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. – São Paul: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 95.

⁷⁶ “Infelizmente, a prática política brasileira atual demonstra que o uso da mídia é mais para manter uma legitimação espetacularosa do Estado e do governante do que para construir condições de legitimidade democrática real.” Cf. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto, ASSIS, Alline Neves. **Op. Cit.**, p. 555.

⁷⁷ “É nesse contexto que se intensifica a “espetacularização da política”, em que o poder simbólico, que tem a mídia como seu principal representante, passa a ser uma importante variável para as ações políticas dos governantes. O Estado torna-se um “espetáculo”, preocupado mais com a imagem de suas ações do que em realmente concretizar o bem-estar da sociedade, criando problemas públicos e atividades estatais a partir de uma lógica de mercado para satisfazer a audiência, isto é, a própria sociedade, mas encarando os indivíduos mais como espectadores que como cidadãos.” Cf. COELHO, Saulo de Oliveira Pinto, ASSIS, Alline Neves. **Op. Cit.**, p. 558.

E a reação dos sistemas de controle a essa espetacularização não tem sido satisfatória, como explicam Coelho e Assis:

“O sistema de controle jurídico-constitucional brasileiro, na grande maioria de suas análises, desconsidera as transformações trazidas pelo advento de uma cultura do espetáculo à sociedade e à política, possibilitando que o desvirtuamento da finalidade das ações estatais não seja identificado e muito menos corrigido”.⁷⁸

Se o sistema de controle desconsidera essas transformações, é possível que o controle desconsidere que, ele próprio, esteja agindo de forma espetacularosa, mesmo porque ele também integra a sociedade e é um importante agente político. E é aqui que parecem ganhar corpo as críticas ao controle, no sentido de que é formalista, apega-se a procedimentos e se vincula excessivamente à legalidade estrita.

O controle, na verdade, deve se concentrar na qualidade do gasto público, considerando acessórios até mesmo temas relacionados ao combate à corrupção:

“No controle de políticas públicas nenhum desafio é mais contemporâneo, a despeito de antigo, quanto o da qualidade dos serviços e gastos públicos (aqui incluído o gasto tributário). Combate à corrupção e vinculações orçamentárias são temas acessórios àquele, pois a deficiência na sua apreensão amplifica as fragilidades e a sobrecarrega as demandas institucionais em face da defesa fragmentada da probidade e da legalidade.”⁷⁹

Por isso, é necessária uma “mudança de mirada” para reequilibrar a relação entre meios e fins no controle da ação estatal, com o distanciamento progressivo de um controle procedimental rumo a um controle de custos e de resultados, dado que a obediência formal à estrita legalidade não é mais suficiente⁸⁰.

Como aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a lógica original do controle era a manutenção da legalidade objetiva, assegurar a observância da *lei* pela Administração Pública, o que deve ser modificado para considerar as necessidades e as dificuldades concretas dos gestores, num movimento transformador do controle objetivo para o controle subjetivo⁸¹.

É preciso tomar cuidado, inclusive, com soluções padronizadas que vêm de outros países, de outros estados e municípios, dado que, em matéria de política pública, as nuances de

⁷⁸ Ibidem, p. 556.

⁷⁹ PINTO, Elida Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. In: PINTO, Elida Graziane *et al.* **Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar e face da Lei n.º 13.655/2018**, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 106.

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 91.

⁸¹ Ibidem, p. 91.

cada lugar são decisivas na definição da melhor estratégia de abordagem, conforme adverte Elida Graziane Pinto:

“(...) para problemas realmente complexos e estruturais, as respostas não de considerar as circunstâncias contextuais em que não de incidir. Dito de outro modo, precisamos mitigar um pouco o fetiche das soluções jurídicas criadas em âmbito nacional e controladas como se fosse uma questão de fiel observância à receita uniforme e padrão.”⁸²

Na realidade, continua a autora, o ponto nodal, o verdadeiro eixo crítico da qualidade do gasto público, passa necessariamente pela exigência de que os planos estatais, principalmente as leis do ciclo orçamentário, contenham indicadores da sua consecução, atrelados a metas quantitativas de bens, serviços, obras e cidadãos atendidos, o que, por seu turno, implica estimativa de custo unitário e global.

Realizando a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o controle deve analisar esses dados, comparando o planejado com o executado, para extrair daí a legitimidade e a economicidade que se espera do gasto público.

Dessa forma, o controle deve ser considerado um indutor do aperfeiçoamento das políticas públicas, e não um mero sancionador do gestor público inábil, caso contrário dificilmente haverá um salto qualitativo no controle das políticas públicas.

Nos termos já exposto, existe a esfera do inegociável, e há alguns casos em que o controle deve realmente sancionar o gestor (voltado aos casos em que demonstrada a má-fé). Ademais, a consensualidade não é a tábua de salvação, devendo o Estado manter uma postura ativa e diligente na busca de outros remédios na solução de seus problemas.

Conforme será melhor exposto adiante, a consensualidade no Brasil tem respaldo⁸³ constitucional e legal. Recentemente foi promulgada a Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que, dentre outros, incluiu os artigos 26 e 27 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, impactando diretamente na atuação do controle ao incluir elementos de consequencialismo e pragmatismo na análise.

⁸² PINTO, Elida Graziane. **Op. Cit.**, p. 108.

⁸³ Como se colhe exemplificativamente do art. 4º, VII, CF, art. 5º, §6º, da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 59, §1º, da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, e no art. 174 e ss. da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 e Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, afora as previsões legais e infralegais de alguns entes federados, que começam a se proliferar.

A partir da constatação de que “a gestão pública no Brasil se encontrava fragilizada e até acuada⁸⁴, muitas vezes por conta de avaliações apressadas e superficiais”⁸⁵, os defensores da lei verberam que ela é positiva, porque, além de trazer segurança jurídica veiculada por alteração legislativa, aproximou a norma do fato, o “ser” do “dever ser”, sendo uma resposta à percepção equivocada de que todo gestor público, até que se demonstre o contrário, é desonesto. Isto é, incluiu na lei a obrigação de o controle avaliar a perspectiva do gestor.

Em sentido contrário, todavia, há quem defenda que não se pode clamar por mais discricionariedade sob o argumento de segurança jurídica quando no Brasil o gestor ainda não estrutura suficientemente sua atuação em indicadores e metas, sem aderência ao próprio planejamento⁸⁶, o que parece realmente ter fundamento, pois o planejamento é muito deficiente.

Não se sabe ainda como será a reação do controle à nova legislação, e ainda é muito cedo para tirar quaisquer conclusões. Espera-se, todavia, que o amadurecimento democrático das instituições brasileiras possa conferir equilíbrio no momento de aplicação.

Acerca disso, nos últimos tempos, muito se discute a reforma e a modernização do Estado, sendo parte importante desse movimento a expansão do uso de novos métodos e técnicas de negociação e de contratualização pelos órgãos e entidades públicas. Isso pode envolver apenas órgãos e entidades públicas, ou ainda entidades lucrativas (Segundo Setor) e ou desprovidas desta finalidade (Terceiro Setor)⁸⁷.

De fato, vem ganhando prestígio a cultura do diálogo, e temáticas como solução pacífica de controvérsias⁸⁸, acesso à justiça⁸⁹ e eficiência administrativa⁹⁰. Esse cenário aponta para o

⁸⁴ São impactantes as palavras do Min. Nelson Jobim no julgamento do Mandado de Segurança 24.073-3, ocorrido em 06/11/2002: “O Sr. Ministro Nelson Jobim – Sr. Presidente, pelas informações contidas no voto do Relator, só faltava o Tribunal de Contas também envolver os eventuais doutrinadores que embasaram o parecer dos advogados. E isso está perto. No momento em que se fala de doutrina pertinente, a impertinente pratica ato de improbidade. (...) Divergir dessa corte é ter a responsabilidade em termos, inclusive, de análise de questões jurídicas, aplicadas em questões técnicas, podendo atingir até contadores, técnicos de contabilidade, economistas, etc.” (destaque nosso) Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>>, acesso em 19/11/2020.

⁸⁵ SUNFELD, Carlos Ari, online. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. **JOTA**. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em 16 mar. 2020.

⁸⁶ “Falar em dever de avaliação de consequência, dificuldades reais e rotas alternativas é reconhecer, de saída, que a escolha empreendida pelo gestor deve ser suficientemente madura e estruturada em indicadores e dados empíricos”. Cf. PINTO, Elida Graziane. **Op. Cit.** p. 105.

⁸⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 10.

⁸⁸ Cf. WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL ZANOIDE (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. DPJ, 2005.

⁸⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpressão 2015.

⁹⁰ Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**

surgimento e o desenvolvimento de uma Administração Pública dialógica, menos autoritária e que busca fomentar a participação da sociedade:

“(...) 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.”⁹¹ (destaques no original)

Isso significa dizer que a Administração Pública se abre à contratualização, ao invés de se fechar na análise do ato administrativo.

A partir da celebração de contratos administrativos, a consensualidade com o poder público evoluiu para outras espécies de atos, culminando com a solução de conflitos. De fato, uma administração “concertada” e não mais impositiva vai se refletir na tomada de decisão (plebiscito, referendo, coleta da opinião, debate público, audiência pública), na execução de atos (concessões, permissões, autorizações, consórcios, convênios) e, também, na solução consensual dos conflitos envolvendo o poder público (mediação, conciliação, negociação, arbitragem, ajuste de conduta)⁹².

No âmbito do controle, como alerta Luciano Ferraz, existe uma tendência a se compreender a atividade de controle da Administração Pública como sinônimo de responsabilização⁹³. Porém, com a guinada de direção o controle deve apurar outros elementos que visem aferir melhor o desempenho. Inclusive, aponta uma tendência de aproximação do controle com a ciência da Administração.

Para isso o autor propõe duas classificações inovadoras quanto ao controle. Isto é, além da tradicional taxinomia do controle quanto ao momento, à forma, ao posicionamento dos órgãos de controle, etc, já consagrados, traz duas outras, sendo a primeira quanto ao foco (controle sobre atos e controle sobre a gestão) e a segunda quanto à consequência jurídica (controle sancionatório e controle consensual).

O controle quanto aos atos se esgota nos institutos de anulação, convalidação e revogação, e parece não captar a complexidade dos fenômenos que ocorrem no âmbito do setor público. O controle sobre a gestão, todavia, é bem diferente, como nos explica o autor:

“(...) o objetivo prioritário do controle de gestão não é detectar e coibir fraudes ou abusos praticados pelos administradores – o que não quer significar que, quando estes

⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 156.

⁹² EIDT, Elisa Berton. **Op. Cit.** p. 138.

⁹³ FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins)** / Luciano Ferraz. – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 135.

sejam detectados, o órgão de controle não vá reprimi-los –, senão detectar fatores que estão a inibir o desempenho do órgão, entidade, programa e influir negativamente na produção dos efeitos sociais intuídos, em ordem a formular medidas para o incremento da ação governamental. Esse tipo de controle se afina à mudança de visão da Administração tipicamente burocrática, fundada na legalidade estrita, para a moderna Administração fundada na eficiência, na economicidade, na eficácia e na efetividade.”⁹⁴

Com fundamento nos art. 71, IV, e art. 74, II, ambos da CF, o controle de gestão tem a sua disposição ferramentas como as auditorias de gestão (ou operacionais, conforme nomenclatura do texto magno), subdivididas em auditorias de desempenho operacional e avaliação de programas. A partir daí é possível investigar as “entranhas” da atuação estatal, permitindo aferir de maneira mais fidedigna noções como economicidade e eficiência.

O alcance e o significado de eficiência no âmbito administrativo estão relacionados ao conceito de boa administração, e passa pela adoção de atitudes preventivas. É dizer, o Estado “na certeza de um evento danoso, tem a obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias”⁹⁵.

De fato, a Administração Pública deve pautar sua atuação pela eficiência. A discricionariedade, como já se disse, por ser uma operação intelectual e não volitiva⁹⁶, deve ser orientada à satisfação do bem comum – via solução ótima – ou na maior medida possível, não sendo o caso de simplesmente adotar a de menor custo, mas aquela que leve em consideração a singularidade do caso concreto, adotando a chamada “flexibilização responsável”.

Em relação ao controle sancionatório, há a utilização pródiga das figuras do processo administrativo disciplinar (PAD), ações de improbidade, e tomadas de conta especial, todas já bem conhecidas do controle. Como alternativa, propõem-se o controle consensual, que privilegia a busca do elemento anímico (sancionamento apenas caso demonstrada a má-fé)⁹⁷.

Ataca-se principalmente a lógica do controle-sanção, que é por demais rígida: ou a conduta é conforme as regras, e então é adequada, ou é contrária às regras, e deve ser sancionada. Ou seja, não há meio termo. Contudo, mais importante que sancionar o gestor é indicar um caminho que possibilite a melhoria no desempenho da atividade administrativa.

⁹⁴ FERRAZ, Luciano. **Op. Cit.**, p. 129.

⁹⁵ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 119.

⁹⁶ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 156.

⁹⁷ Luciano Ferraz, que foi Controlador-Geral do Município de Belo Horizonte - CTGM, evidencia a experiência pioneira desenvolvida naquele município da suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD), e traz outros instrumentos como termos de ajustamento de conduta, acordos de leniência, acordos substitutivos, termos de ajustamento de gestão. Cf. FERRAZ, Luciano. **Op. Cit.**, p. 81.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹⁸ vai além da eficiência ao destacar o conceito de efetividade, considerando a necessidade de tomar o resultado (e não apenas o processo de decisão) como importante premissa para a definição dos contornos de uma democracia material e valorização da cidadania (atendimento de direitos fundamentais). Sob o prisma do autor, existe uma evolução da técnica de controle: da eficiência para a efetividade, um controle mais adequado sobre as políticas públicas.

Nesse cenário, novas fórmulas e métodos de controle devem ser propostos, a partir do reconhecimento de uma relação dinâmica, legítima e concertada entre controladores e controlados, tendo como fundamento a noção de consensualidade:

“Técnicas de controle originais são necessárias para enfrentar último bastião de um inexplicável arbítrio, que subsiste na formulação e na execução de políticas públicas: primo, ante a necessidade de superar a demagogia e o desperdício, como marcos do modelo arcaico e, secundo, ante a necessidade de se desenvolver novo modelo a partir de um conceito juspolítico de políticas públicas.”⁹⁹ (destaques no original)

Por isso, resta caracterizada uma nova espécie de vício, o vício de resultado:

“Para tanto, identifica-se para a doutrina do Direito Administrativo a necessidade de definir o vício de resultado: um conceito que parte do vício do ato, passa pelo vício do processo, até a sua identificação no complexo processual de uma determinada política pública posta em execução. (...) Trata-se, na prática, (...), de transcender o simples controle de ato, e ainda o controle do processo, que são etapas já conquistadas e incorporadas no arsenal jurídico dessa luta imemorial, para chegar ao controle que não mais será apenas político, como o foi no passado, mas jurídico, aplicado a um definido complexo procedimental das políticas públicas.”¹⁰⁰ (destaques no original)

Vislumbra-se o desenvolvimento de métodos de controle que, ao invés de reprimir o administrador público em todo momento, o estimulem a tomar decisões acertadas e criativas, desde que no exercício de uma administração legítima e transparente e voltada aos melhores interesses da sociedade¹⁰¹.

O fenômeno da consensualidade não deve ser utilizado, porém, apenas para promover interesses econômicos. Mais que isso, deve buscar aprimorar o diálogo intersetorial, facilitando a abertura da Administração Pública para perceber novas tendências políticas, econômicas e culturais, evitando sua petrificação.

⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 172.

⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 103.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 103/104

¹⁰¹ FERRAZ, Luciano. **Op. Cit.**, p. 81.

A consensualidade tampouco é um remédio para todos os males, há situações em que é justificável o litígio. E existem casos em que a Administração Pública deve se submeter à pretensão do particular, quando legítima e dentro de suas possibilidades orçamentárias. Isso porque, não tem cabimento o ente público sustentar, num processo judicial, a defesa de atos inclusive ilegais sob o pálio do interesse público. Isso não é defender interesse público¹⁰².

Por isso, o Estado deve se esforçar para desenvolver mecanismos visando solucionar os seus próprios conflitos, sem precisar recorrer necessariamente ao Poder Judiciário. Nessa linha, num conceito ampliado¹⁰³, é possível falar também de processualidade no âmbito do processo administrativo, de modo que o ente público dispõe de todas as ferramentas necessárias para, quando cabível, oferecer uma solução negociada.

¹⁰² TALAMINI, Eduardo. **Op. Cit.**, p. 60.

¹⁰³ Conforme os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover: “o efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social”. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Op. Cit.**, p. 75.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Abordagem geral

A Análise Econômica do Direito (AED) pode ser entendida como um *método*¹⁰⁴ capaz de formular previsões sobre os efeitos de determinada norma no comportamento humano, na medida em que se presume que esse comportamento é sempre uma resposta a incentivos. Entre outros objetivos, busca testar a eficiência das normas existentes e propor normativos mais adequados¹⁰⁵. Serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos¹⁰⁶.

Trabalha-se com a presunção de que uma pessoa age de forma racional para maximizar a utilidade para si própria em todas as áreas da sua vida, e não apenas na área que envolva aspectos econômicos. Isso sugere que uma pessoa responde a incentivos, e que poderá mudar seu comportamento para se adaptar a novos ambientes¹⁰⁷.

Sob a perspectiva econômica, a função básica do direito é a alteração de incentivos, de forma a promover eficiência, o que gera um incremento de bem-estar na sociedade¹⁰⁸.

Como leis ou políticas públicas mal elaboradas levam à insegurança jurídica, reduzindo o bem-estar, “o uso da AED para avaliar proposições legislativas e políticas públicas, em geral, é essencial”¹⁰⁹.

Refletindo sobre a abordagem direito e economia, Santana de Oliveira pontua sua relevância numa perspectiva mais ampla:

“O direito não é mais chamado apenas para dar uma resposta sobre crimes, processos civis e penais e direitos de propriedade, mas também sobre os problemas da desigualdade e da pobreza, sobre desenvolvimento, educação, saúde, meio ambiente,

¹⁰⁴ “(...) no limite, a AED não é, em si, uma teoria da decisão, mas uma ferramenta que pode ser usada para auxiliar o juízo de convicção do operador do direito, em qualquer nível de análise ou aplicação concreta.” Cf. BERGER, Luiz Marcelo. Porque o Brasil precisa da Análise Econômica do Direito. **JOTA**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/por-que-o-brasil-precisa-de-analise-economica-do-direito-07112017>>. Acesso em: 15 mai. 2020. Veja-se, a propósito, SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. - 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.

¹⁰⁵ WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2019, p. 136

¹⁰⁶ GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **EALR**, v. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 17.

¹⁰⁷ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9ª ed. University of Chicago Law School. 2014, p. 4.

¹⁰⁸ POSNER, Richard A. **A economia da justiça** / Richard A. Posner; tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 90.

¹⁰⁹ TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015, p. 323.

regulamentação do mercado financeiro, entre tantos outros. Igualmente parece que nem o instrumental tradicional jurídico, nem os elementos de base da Análise Econômica do Direito tradicional são capazes de enfrentar estes problemas que se apresentam nos dias de hoje, sobretudo pela necessidade de compreender-se as estruturas institucionais, econômicas, legais e políticas destes problemas.”¹¹⁰

Nos termos aqui estudados, não é uma questão de solucionar o problema da desapropriação de forma isolada, mas em perceber ela é mero instrumento, só uma etapa na concepção de programas sociais, e que há muito mais por fazer na efetivação de direitos fundamentais. Por isso, é necessário enfrentar a questão de maneira abrangente, e não fragmentada. Nesse sentido, a AED pode ser entendida como mais uma ferramenta a ser utilizada na formulação e na consolidação de políticas públicas, visando solucionar problemas complexos da contemporaneidade:

“Os problemas envolvem menos lei, no sentido do que os tribunais fazem, e mais política [*policy*], no sentido de que as leis e legislaturas serão centrais. (...) É uma visão muito diferente da análise jurídica - ela vê os problemas como problemas de engenharia que modelamos e testamos. É empírico, prático e voltado para soluções. O papel do jurista é ajudar a enquadrar os problemas, pensar sobre como as estruturas institucionais afetam o enquadramento, sugerir soluções e ajudar a interpretar e avaliar os resultados ”.¹¹¹

Assim, a AED pode auxiliar em desenhos de políticas públicas mais adequados, transformando-se em ferramenta¹¹² útil para subsidiar a tomada de decisão e a implementação de políticas públicas em geral, e a de consensualidade em particular. Isso abre espaço para ampliação do uso de formas mais eficientes de solução de conflitos, e que não passam pelo Poder Judiciário, inclusive mediação, conciliação ou negociação.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. **Eficiência e direito**: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir da obra de Richard Posner. – Recife: O Autor, 2016, p. 94/95

¹¹¹ WEISBACH, David A. **The Future of Law and Economics**. 2011. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall11/lawandecon-future>, acesso em 18/11/2020. Livre tradução do original, onde se lê: “The problems involve less law, in the sense of what courts do, and more policy, in the sense that statutes and legislatures will be central. (...) It is a very different view of legal analysis—it views problems as engineering problems that we model and test. It is empirical, practical, and solution-driven. The role of the legal scholar is to help frame problems, to think about how institutional structures affect the framing, to suggest solutions, and to help interpret and evaluate results.”

¹¹² A esse respeito, conferir o direito como caixa de ferramentas, um dos papéis do direito na formulação de políticas públicas. Cf. COUTINHO, Diogo. **O direito nas políticas públicas**. In: MARQUES, Eduardo; FARIS, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. Unesp/Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, p. 181-200, p. 194.

3.2 Eficiência segundo Richard Posner

Riqueza, segundo Posner, é a totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização da riqueza) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado¹¹³¹¹⁴.

A abordagem pelo critério financeiro visa sobretudo facilitar a comparação entre custos e benefícios, notadamente para os casos de difícil quantificação. Dessa forma, a pecuniarização¹¹⁵ auxilia na definição do custo real da dor, do sofrimento ou da deformidade física decorrente de um acidente de trânsito, por exemplo, reduzindo-os a um denominador comum, facilitando a compreensão da teoria. Nesse sentido, o termo “riqueza” pode ser compreendido como o valor, expresso em moeda, de tudo o que existe na sociedade. Relaciona-se a quanto as pessoas estão dispostas a pagar por algo, ou por quanto elas estão dispostas a vender. As únicas preferências relevantes para o modelo são as exprimíveis em dinheiro ou registradas em um mercado¹¹⁶.

O mercado, todavia, não precisa ser um *mercado explícito*, o que significa dizer que agentes econômicos podem trocar bens e serviços sem vinculação a nenhum custo monetário, operando pelo princípio do escambo. Com efeito, muitos são os bens e serviços trocados em mercados *implícitos*¹¹⁷, de que são exemplos o “mercado de casamentos”, a criação de filhos ou um jogo de baralho entre amigos¹¹⁸.

A referência ao mercado implícito é importante para ressaltar que a maximização da riqueza não equivale invariavelmente a nenhuma medida de riqueza, como o Produto Interno Bruto de um país, nem a qualquer índice monetário de medição de bem-estar. Isto é, uma

¹¹³ POSNER, Richard A. **A economia da justiça** / Richard A. Posner; tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 72.

¹¹⁴ Por “mercado” se entende as “instituições que existem com o intuito de facilitar as trocas, isto é, existem a fim de reduzir os custos de se realizar transações.” COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito** / Ronald H. Coase; tradução, Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Luciana Helena Salgado e Antônio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório, Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides), p. 8.

¹¹⁵ Apesar das críticas, a experiência jurídica brasileira não é alheia a esse tipo de conduta, consoante parâmetros fixados pelo STJ para indenização por danos morais. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. **Op. Cit.**, p. 49.

¹¹⁷ “Saber se a economia tem muito a contribuir com o conhecimento humano fora da esfera dos mercados explícitos é uma questão empírica, mas a resposta parecer ser sim (...). Isso sugere, por sua vez, que a teoria econômica do direito deve ser avaliada por seus méritos (...), e não descartada com base numa concepção *a priori* da esfera de ação da economia.” Cf. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. / Richard A. Posner; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 496.

¹¹⁸ POSNER, Richard A. **A economia da justiça** / Richard A. Posner; tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.74.

sociedade não se torna necessariamente mais rica se todas as donas de casa passarem a trabalhar, por exemplo¹¹⁹.

Para melhor compreender o que significa maximização da riqueza, abordaremos dois exemplos do autor:

“Se A estiver disposto a pagar até \$100 pela coleção de selos de B, ela vale \$100 para A. Se B estiver disposto a vender a coleção de selos a qualquer preço acima de \$90, ela vale \$90 para B. Portanto, se B vender a coleção de selos para A (digamos por \$100, mas qualitativamente a análise não é afetada por nenhum preço entre \$90 e \$100 – e é somente dentro desses limites de variação que a transação vai ocorrer), a riqueza da sociedade aumentará em \$10. Antes da transação, A tinha \$100 em espécie, e B tinha uma coleção de selos que valendo \$90 (um total de \$190); depois da transação, A tem uma coleção de selos que vale \$100 e B tem \$100 em espécie (um total de \$200). A transação não vai aumentar a riqueza calculada – o produto interno bruto, a renda nacional ou coisas do gênero – em \$10; não vai aumentá-la em nada a menos que a transação seja contabilizada e, se assim o for, é provável que aumente a riqueza calculada ao preço de compra total de \$100. Contudo, o verdadeiro acréscimo à riqueza social consiste no incremento de \$10 em satisfação *não-pecuniária* que A extrai da compra, comprado ao de B. Isso mostra que “riqueza”, no sentido empregado pelos economistas, não é uma simples medida monetária (...). [itálico no original] (...)

Da mesma maneira, se posso escolher entre permanecer num emprego em que trabalho quarenta horas por semana a \$1.000 e passar para outro em que trabalharia trinta horas por um salário de \$500, e decido fazer a mudança, as dez horas extras de lazer devem valer pelos menos \$500 para mim, ainda que o PIB vá cair quando eu diminuir minhas horas de trabalho. Suponhamos que, para mim, as horas extras de lazer valham \$600, de modo que minha renda integral aumente de \$1.000 para \$1.100 quando eu diminuir minhas horas.”¹²⁰

No segundo exemplo, com a saída do empregado, o empregador ficaria em uma situação pior (ou então porque contrataria?), de modo que valeria a pena que ele aumentasse o salário em \$100 para que o empregado ficasse, e ele provavelmente ficaria.

Presume-se, assim, a criação de algum valor econômico nessas interações econômicas via mercados, justamente porque, de modo geral, as pessoas retêm a propriedade de seus bens, caso um desses bens valha mais para seu proprietário do que seria possível obter com uma venda em mercado¹²¹.

Sob outro enfoque, Posner utiliza a racionalidade como pressuposto básico¹²² para formulação de hipóteses, com base no seguinte argumento: é plausível supor que as pessoas

¹¹⁹ POSNER, Richard A. **A economia da justiça** / Richard A. Posner; tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.74.

¹²⁰ POSNER, Richard A. **Problemas da filosofia do direito**. / Richard A. Posner; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 478.

¹²¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia: Trinta anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1, p. 507.

¹²² “O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações, *todas* as pessoas (...) em *todas* as atividades

sejam racionais apenas quando interagem em mercados econômicos, e irracionais quando fora deles¹²³? A resposta parece ser negativa.

Numa perspectiva da maximização da riqueza, a função básica do direito é a alteração de incentivos¹²⁴.

Trata-se de premissa fundada na Teoria dos Preços (ou microeconomia), segundo a qual as pessoas farão escolhas que atendam a seus próprios interesses, o que não se limita ao critério monetário, pois abrange uma gama enorme de ações, conforme nos adverte Bruno Salama:

“A premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. Note que a ideia é a de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar, e também de que a maximização se dá em todas as suas atividades. Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem, até a decisão de contratar com alguém, de pagar impostos, de aceitar ou propor um acordo em um litígio, de falar ao telefone celular ao dirigir e, até mesmo, de votar contra ou a favor de um projeto de lei.”¹²⁵

Isso não significa, porém, que todas as decisões humanas são pautadas rigorosamente por uma análise de custo-benefício, nem que as decisões racionais sejam obra de uma inteligência superior. A teoria não busca provar que cada indivíduo é um *homo economicus*, razão pela qual o paradigma da hiper-racionalidade vem perdendo força para uma concepção mais flexível de racionalidade limitada:

“Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A pesquisa em Direito e Economia Positivo não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo oeconomicus*, nem provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata. A noção de racionalidade também não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios (embora este cálculo frequentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso do processo). Não por outro motivo, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo

(...) que implicam uma escolha.” Cf. POSNER, Richard A. **Problemas da filosofia do direito**. / Richard A. Posner; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473..

¹²³ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia**: Trinta anos de brasil. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1, p. 493.

¹²⁴ POSNER, Richard A. **A economia da justiça** / Richard A. Posner; tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 90.

¹²⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. - 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 27.

se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de “racionalidade limitada”.¹²⁶

Essa premissa metodológica de maximização racional, mesmo com suas deficiências¹²⁷, parece ser útil, pois o comportamento racional é geralmente previsível, ao passo que o comportamento irracional é geralmente aleatório ou randômico¹²⁸.

A questão não é tanto se a premissa de maximização racional é irrealista (vez que é obviamente imperfeita), mas sim se ela consegue captar o suficiente uma realidade complexa a fim de torná-la inteligível e previsível. Logo, a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva, não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado¹²⁹.

Em suma, o que a teoria de Posner propõe é que o critério para avaliar se os atos e as instituições são boas ou ruins é o critério da maximização da riqueza. Para ele eficiente é aquilo que maximiza a riqueza da sociedade:

“O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. *Em síntese, a teoria é a seguinte: regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) são justas; regras e interpretações que não a promovam são injustas.* Isto leva à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seja fundacional ao direito, no sentido de que proveja um critério ético decisivo.”¹³⁰ (destaque nosso)

Com isso, buscou o autor estabelecer o critério de eficiência como ética fundante do direito, como a pedra de toque na formulação e na interpretação do direito¹³¹.

Trata-se de uma técnica de análise de custo-benefício, em que se oferece um novo critério objetivo aplicável ao Direito, e que não se restringe ao direito privado, mas se espalha

¹²⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. - 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 29.

¹²⁷ “(...) observamos vieses sistemáticos em nossas próprias decisões, preferências intuitivas que violaram consistentemente as regras de escolha racional.” Cf. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 18.

¹²⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Op. Cit.**, p. 30.

¹²⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Op. Cit.**, p. 30/31.

¹³⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia**: Trinta anos de brasil. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1, p. 500.

¹³¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia**: Trinta anos de brasil. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1, p. 487.

em muitas áreas do direito público¹³². Dessa forma, o direito constitucional, o direito penal, o direito processual, e também o direito administrativo têm muito a ganhar com a abordagem da AED.

Bruno Salama nos conta que a eficiência tem várias acepções, sendo uma das mais comuns a relativa à maximização da riqueza e do bem-estar e à minimização dos custos sociais, nesse sentido “um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos.”¹³³. Assim, pensar em eficiência é pensar em alocação de recursos.

Tomemos como exemplo uma companhia aérea. O prejuízo causado por um acidente chega a R\$ 100.000.000,00, considerando tanto a reparação da família das vítimas, quanto o prejuízo material da empresa. Digamos que exista uma nova tecnologia – com investimento de R\$ 2.000.000,00 – que pode reduzir em 1% a chance de acidentes. Neste caso, ainda que tornada mais segura a operação, a sociedade inteira se tornará mais pobre, pois a operação não é eficiente, dado que será investido R\$ 2.000.000,00 para evitar um custo de R\$ 1.000.000,00 (1% x R\$ 100.000.000,00). Aqui, portanto, a eficiência é descrita em termos de otimização da relação entre *inputs* e *outputs*¹³⁴.

Contudo, existem outras acepções de eficiência: com a eficiência paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks.

Segundo a concepção paretiana, uma forma de alocação de recursos é superior a outra se um indivíduo puder melhorar sua própria situação sem piorar a de nenhum outro¹³⁵. A isso dá-se o nome de “melhora de Pareto”. Quando não for mais possível obter uma melhora de Pareto, a locação será ótima no sentido de Pareto¹³⁶.

Todavia, como a solução de Pareto é mais presumida que verdadeira¹³⁷, a superioridade de uma ou outra alocação é medida pelo consentimento – seu fundamento operacional –, de modo que, se a parte consentiu com uma realocação, é porque no final das contas ela lhe foi favorável.

¹³² POSNER, Richard A. **A economia da justiça** / Richard A. Posner; tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. XV.

¹³³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. - 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 35.

¹³⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. - 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 35.

¹³⁵ POSNER, Richard A. **A economia da justiça** / Richard A. Posner; tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. XV, p. 105.

¹³⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Op. Cit.**, p. 36.

¹³⁷ POSNER, Richard A. **Op. Cit.**, p. 105.

Note-se que praticamente nenhuma mudança (a exemplo de uma mudança legislativa) seria possível na ausência de unanimidade, o que acarreta uma limitação prática na utilização desse critério¹³⁸.

Em razão disso, ele é complementado pelo critério (ou compensação) de Kaldor-Hicks. Imaginemos que, com a edição de uma nova lei, haja um lado “vencedor”, que se beneficia com seus termos, e outro “perdedor”, que é prejudicado por ela. Sob o ótimo de Pareto, essa lei jamais seria eficiente, e mesmo privilégios nefastos não poderiam ser retirados. A lei, assim, perderia sua plasticidade e a sociedade se tornaria engessada¹³⁹.

Diante disso, o critério Kaldor-Hicks procura superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto, no sentido de que ninguém pode ser prejudicado. Isso significa que o critério Kaldor-Hicks admite que mudanças sejam feitas ainda que haja “perdedores”, mas impondo uma condição: desde que eles sejam compensados. É importante notar, todavia, que basta existir a *possibilidade* de compensação, mesmo que de fato não ocorra¹⁴⁰.

Visando conciliar ambas as abordagens, Posner desenvolveu o conceito de compensação *ex ante*:

“Há, entretanto, outra maneira de conciliar a abordagem de Kaldor-Hicks, ou da maximização da riqueza, com a de Pareto, pelo menos em certos cenários. Isso é possível através da ideia de consentimento, que é o fundamento operacional, como eu já disse, do critério de Pareto. A forma de consentimento usada aqui é a compensação *ex ante*.”¹⁴¹

Imagine-se que um indivíduo comprou um bilhete de loteria. Em não sendo premiado, seu adquirente “consentiu” com a possível perda, excluídos os casos de dolo, fraude, coação, etc. Ou ainda um empresário que deve (ou deveria) trazer embutido no preço do produto uma adicional para cobrir possíveis perdas devido à concorrência, sendo ele compensando *ex ante* pelo prejuízo¹⁴². Em ambos os casos, a alocação de recursos é considerada eficiente.

Ao defender que a eficiência seja um guia ético para o direito, Posner abraça o critério de Kaldor-Hicks, e não o ótimo de Pareto¹⁴³. Isso significa que, do ponto de vista analítico, o critério de Kaldor-Hicks permite tratar separadamente o problema da eficiência (vista como

¹³⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Op. Cit.**, p. 36.

¹³⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Op. Cit.**, p. 37.

¹⁴⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Op. Cit.**, p. 37.

¹⁴¹ POSNER, Richard A. **Op. Cit.**, p. 122.

¹⁴² POSNER, Richard A. **Op. Cit.**, p. 112.

¹⁴³ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia: Trinta anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1, p. 522.

maximização da riqueza) do problema da sua distribuição. Isto é, ele permite tratar analiticamente de maneira diversa os problemas do “tamanho da pizza” e da “distribuição dos seus pedaços”¹⁴⁴¹⁴⁵.

Logo, de acordo com Posner, uma alocação só pode ser eficiente se ela contar com o consentimento expresso ou implícito das partes, o que encontra guarida no pensamento de Ronald Coase acerca da importância das negociações como forma de buscar alocação eficiente recursos.

O que se expôs até aqui sobre a teoria eficientista de Posner é relativa a sua primeira fase, uma versão dita fundacional. Em momento posterior, devido ao grande número de críticas, o autor reformulou pontualmente¹⁴⁶ sua teoria até depois abandoná-la por completo¹⁴⁷, atingindo uma segunda versão dita pragmática.

Segundo Bruno Salama:

“Há (...) três versões do argumento de que a eficiência e justiça se comunicam às quais dou o nome de: (a) versão “fundacional” (identificada com os primeiros trabalhos de Richard Posner), (b) versão “pragmática” (identificada com a fase madura de Posner) e, finalmente, (c) versão “regulatória” (identificada com a obra de Guido Calabresi).”
148

A primeira versão já foi explanada, passemos à segunda versão¹⁴⁹.

Numa fase mais madura, Posner reformulou radicalmente sua teoria. Se a obra emblemática da primeira versão de Posner foi *The Economics of Justice* (traduzida para o português como “A Economia da Justiça”), a obra da segunda versão foi *The Problems of Jurisprudence* (traduzida para o português como “Problemas de Filosofia do Direito”). Nesta obra o autor passa a defender de forma bem mais moderada a maximização da riqueza como

¹⁴⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia: Trinta anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1, p. 522/523.

¹⁴⁵ Uma das grandes críticas à teoria eficientista de Posner é justamente a questão da distribuição da riqueza, seguida dos “perigos do instrumentalismo” e as “monstruosidades morais”. Todavia, essas críticas não serão aqui exploradas por dois motivos: primeiro que o objeto de estudo desapropriação, visando a economia de recursos públicos, parece não oferecer maiores empecilhos, segundo porque o próprio autor já desistiu de defender, a ferro e fogo, sua teoria, como será exposto mais à frente.

¹⁴⁶ Cf. POSNER, Richard A. Wealth maximization revisited. **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**, v. 2, 1985.

¹⁴⁷ Cf. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. / Richard A. Posner; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁴⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. - 1. ed. -- Curitiba : Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 15.

¹⁴⁹ A terceira versão não será analisada aqui, em razão do recorte metodológico.

princípio ético¹⁵⁰, bem como introduz um viés mais pragmático em sua defesa, fundado numa concepção instrumental do direito.

Vejamos o que afirma Posner:

“Dizer que alguém é pragmático é dizer pouco. A vertente pragmática que adoto enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática – em outras palavras, rejeita a “metafísica” – vê com olhar duvidoso a descoberta de “verdades objetivas” em qualquer campo da pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e – nos limites da prudência – prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado.”¹⁵¹

Macedo Júnior nos explica a “virada pragmática” de Posner:

“A orientação pragmática no movimento da AED radicaliza-se a partir dos anos 1990. O exemplo mais radical e emblemático desta mudança mais uma vez é Richard Posner, seja por sua enorme influência, seja por ser um prolífico autor também sobre temas de teoria do direito. Numa renovada e heterodoxa reinterpretação de Holmes, Posner chega a compará-lo a Nietzsche. Adotando uma abordagem algo nietzschiana, *passa a defender uma visão consequencialista (forward-looking), experimental e pragmática e, num certo sentido, baseada no senso comum, mais do que numa teoria estrutural ou fundacional*. O seu novo pragmatismo vê com enorme desconfiança os ideais de cientificidade e objetividade. *Posner caminhou na direção de um neopragmatismo pós-moderno, claramente antiteórico*.”

Em seu momento pós “virada pragmática”, orienta-se, segundo suas palavras, para o desenvolvimento *de abordagens mais “práticas” que visam dar respostas a problemas concretos*. A questão principal agora não é mais de ordem metodológica ou mesmo com a fundação de uma nova teoria da justiça fundada na eficiência, como o fora na década anterior. Posner declara agora o seu ceticismo com respeito à natureza da verdade, afastando-se, assim, dos compromissos formalistas do primeiro período. Neste sentido, *Problems of Jurisprudence, de 1990*, demarca o novo solo teórico de seu pensamento, em muitos aspectos bastante distante daquelas premissas e conclusões acolhidas em *Economic Analysis of Law* de 1973.”¹⁵² (destaques nossos)

¹⁵⁰ São palavras do autor: “A teoria normativa tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta, e é destas que pretendo me ocupar a seguir.” Cf. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. / Richard A. Posner; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 502/503.

¹⁵¹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. / Richard A. Posner; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.40.

¹⁵² MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia: Trinta anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1, p. 488.

Assim, para Posner, mais importante do que formular um arcabouço teórico consistente¹⁵³, a análise econômica do direito é importante porque *gets the job done*. São palavras do autor:

“Meu objetivo, portanto, é bastante modesto. Não pretendo ‘converter’ ninguém à maximização da riqueza. Meramente quero persuadi-lo de que [a maximização da riqueza] é uma ética razoável, embora não seja demonstrável ou universalmente correta”.¹⁵⁴

E ainda:

“O direito tem seu olhar voltado para o futuro. Isso fica implícito em um conceito instrumental de leis – que é o conceito pragmático do direito, o direito como servo das necessidades humanas”¹⁵⁵

Convertendo-se ao pragmatismo jurídico, o autor deu novos contornos à noção da eficiência como utilidade para o Direito, descartando tanto a ideia de que a eficiência é um critério operativo suficiente para *todas* as questões postas ao Direito, quanto a ideia de que ela deveria se *sobrepôr* aos demais valores da sociedade. Dessa forma, colocou o problema da maximização da riqueza num contexto mais amplo: o da jusfilosofia pragmática¹⁵⁶.

O ponto central, portanto, não é se a eficiência pode se igualar à justiça: ela não pode. Deve-se pensar como a justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras e da análise de custo-benefício¹⁵⁷.

¹⁵³ Por isso, sua nova versão é marcada por um “viés antiteórico”, ou uma “frouxidão teórica”. Cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia: Trinta anos de brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1, p. 491.

¹⁵⁴ POSNER, Richard A. **Wealth maximization revisited**. Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, v. 2, 1985, p. 90. Livre tradução do original, onde se lê: “My goal is therefore quite modest. I do not seek to ‘convert’ anyone to wealth maximization. I merely want to persuade you that it is a reasonable, though not a demonstrably or universally correct, ethic (...).”

¹⁵⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. / Richard A. Posner; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41.

¹⁵⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. - 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 46.

¹⁵⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia: Trinta anos de brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1, p. 536.

3.3 Teorema de Coase e a importância da negociação

Como tem se verificado na prática, em muitas situações o ente público é condenado ao pagamento de indenizações milionárias oriundas de processos de desapropriação que duraram anos, às vezes décadas.

Nesses casos, o Poder Judiciário majora o valor da indenização que fora ofertada administrativamente, condenando o ente público ao pagamento da diferença, sobre o qual incidem juros compensatórios e moratórios, correção monetária, honorários advocatícios e demais encargos, o que é agravado pelo tempo elevado de tramitação dos processos judiciais.

Em levantamento realizado em 2014 no âmbito do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, abrangendo os anos de 1984 a 2001, apenas 32,24% do orçamento foi utilizado para pagar o principal atualizado (diferença entre o valor ofertado administrativamente e o valor fixado judicialmente), sendo que o restante 67,76% foi utilizado para pagamento de encargos como juros compensatórios (49,06%) e outros acessórios como juros de mora, cobertura florística e honorários advocatícios (18,70%)¹⁵⁸.

Esse estudo sugere que, se houver um pagamento justo a título de indenização em momento *contemporâneo* ao desapossamento do particular, encerrando o litígio, a escalada do valor da indenização pode ser evitada. Nesse sentido, a negociação entre o poder público e o particular, a partir de concessões recíprocas, pode gerar significativa economia de recursos públicos, otimizando sua alocação e os direcionando para áreas mais necessárias.

Acerca do tema, ganhou notoriedade o chamado Teorema de Coase, o qual, em linhas gerais, afirma que, em determinada transação econômica envolvendo externalidades, se os direitos de propriedade estiverem claramente definidos, e desde que os custos de transação sejam iguais a zero, a solução negociada é *sempre* a solução ótima, independentemente da alocação de direitos¹⁵⁹.

Por custos de transação, entende-se os custos para a realização de intercâmbios econômicos, em função do relacionamento com os demais agentes do sistema produtivo, e estão associados a procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidade)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ FIDELIS, Junior Divino. **A Justa Indenização nas Desapropriações Agrárias e Como se Formam as Superindenizações**. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás. Goiás, p. 83, 2014, p. 83.

¹⁵⁹ COASE, Ronald H. **Op. Cit.**, p. LII.

¹⁶⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. - 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 396.

Por externalidade, entende-se os efeitos não esperados decorrentes de atividades econômicas, e que podem interferir no bem estar ou causar prejuízo¹⁶¹.

Por direitos de propriedade, entende-se uma posição jurídica que beneficia seu titular, mas em geral o termo é bastante amplo e apresenta uma natureza multidimensional¹⁶².

Logo, decompondo o Teorema de Coase vemos que em essência: 1) os direitos das partes devem estar nitidamente atribuídos a cada uma delas, 2) os custos de transação precisam ser reduzidos para incentivar a negociação, 3) mediante negociação, as partes chegarão a uma solução eficiente e 4) a solução é encontrada independente do direito originalmente aplicável¹⁶³.

É claro que no mundo real existem custos de transação, e Coase não descurou disso¹⁶⁴. Contudo, nem assim a teoria perde sua relevância para se analisar um mundo de transações com custos positivos.

O *insight* fundamental do teorema de Coase, na realidade, é que a alocação inicial de recursos e direitos sempre pode ser modificada pelas transações de mercado¹⁶⁵. Ele se preocupa sobremaneira com as situações em que os custos de transação não são desprezíveis, e passam a determinar o comportamento dos agentes econômicos e a forma de alocação de recursos na economia.

Caso a mensuração de alguns dos atributos de um recurso econômico seja excessivamente custosa, seus direitos de propriedade serão imperfeitos (dado que os beneficiários têm mais chance de não recebê-los) e, como consequência, terão custos de transação significativos¹⁶⁶. Assim, uma transação inicialmente vantajosa, pode se tornar proibitiva devido aos custos de transação.

E porque isso é relevante, o que a análise econômica do direito tem a nos dizer sobre isso? Tudo. Os tribunais pensam em princípios de justiça, ao passo que os economistas pensam em aumentar o valor da produção¹⁶⁷.

Mencionaremos aqui um caso real para ilustrar a diferença de pensamento. Patrick Wensik é o autor do livro *“Broken Piano for President”*. A capa do livro apresentava muitas semelhanças com o rótulo do uísque *“Jack Daniel’s”*. Todavia, ao invés de a empresa que

¹⁶¹ COASE, Ronald H. **Op. Cit.**, p. LIII.

¹⁶² “A análise de direitos de propriedade abarca um campo extremamente amplo, abrangendo, entre outros, consequências econômicas da propriedade comum de recursos, organização do trabalho, organizações financeiras e de seguros, empresas públicas, serviços de saúde, etc.”. Cf. FIANI, Ronaldo. A natureza multidimensional dos direitos de propriedade e dos custos de transação. **Economia e Sociedade**. Campinas, v. 12, n. 2, p. 185-203, jul/dez. 2003, p.185.

¹⁶³ COASE, Ronald H. **Op. Cit.**, p. LII.

¹⁶⁴ “Essa é, por óbvio, uma suposição bastante irrealista”. Cf. COASE, Ronald H. **Op. Cit.**, p. 12.

¹⁶⁵ WOLKART, Erik Navarro. **Op. Cit.**, p. 102.

¹⁶⁶ FIANI, Ronaldo. **Op. Cit.** p. 195/196.

¹⁶⁷ WOLKART, Erik Navarro. **Op. Cit.**, p. 103.

produz a bebida ingressar com uma ação judicial em face do autor do livro para forçá-lo a alterar a capa, instruiu seu advogado a entrar em contato com ele pedindo que remodelasse a capa, inclusive oferecendo auxílio financeiro para tanto¹⁶⁸.

Vê-se, portanto, que neste caso os custos de transação desempenham um papel crucial na determinação de como os direitos serão usados e exercidos¹⁶⁹.

Wolkart nos ensina que o Teorema de Coase evidencia a importância da negociação para alocação eficiente de recursos:

“O modelo de Coase trouxe uma poderosa ferramenta na busca de eficiência na forma de decidir a alocação inicial de recursos. Mais do isso, Coase iluminou a importância das negociações como forma de buscar alocação eficiente, bem como a necessidade de se buscar a redução dos custos de transação para que tais alocações sejam possíveis.”¹⁷⁰

É que a redução de custos de transação e a definição clara de direitos tende a favorecer a negociação, levando a uma alocação eficiente de recursos (solução ótima), independentemente da alocação inicial desses direitos.

De fato, estudar Coase lança luzes importantíssimas sobre a necessidade de valorização da autocomposição como alternativa à solução judicial dos conflitos, sendo essencial desenhar um ambiente cooperativo com baixos custos de transação para facilitar a alocação eficiente de recursos¹⁷¹.

Logo, a negociação é o caminho na busca da solução ótima (ou a mais próxima possível), o que pode ser alcançada tanto pela redução dos custos de transação, quanto pela definição clara dos direitos de propriedade.

Uma das grandes preocupações de Coase, senão a central, é permitir o aumento do valor da produção¹⁷² via alocação eficiente de recursos. Isso encontra guarida no pensamento de Richard Posner, que abordou a temática da maximização da riqueza.

¹⁶⁸ A esse respeito, conferir LANGLOIS, Dick. **Coase-Theorem Behavior Actually Does Happen**. Publicado em: 02 ago.2012. Disponível em: <<https://organizationsandmarkets.com/2012/08/02/coase-theorem-behavior-actually-does-happen/>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

¹⁶⁹ COASE, Ronald H. **Op. Cit.**, p. 14.

¹⁷⁰ WOLKART, Erik Navarro. **Op. Cit.**, p. 106.

¹⁷¹ WOLKART, Erik Navarro. **Op. Cit.**, p. 106/107.

¹⁷² COASE, Ronald H. **Op. Cit.**, p. 157

3.4 Em busca de uma eficiência constitucionalmente qualificada

Assim, está formado o arcabouço teórico que sustenta a vantajosidade da negociação no âmbito da Administração Pública e a eficiência como norte da atuação estatal. Nesse contexto, defende-se que uma postura eficiente é aquela que maximiza a riqueza, sendo isso coerente com a economia de recursos para o ente público. Assim, eficiente na fase administrativa da desapropriação é o pagamento da indenização, com o menor valor possível, implicando em economia de recursos públicos.

Mas é preciso temperar essa eficiência, a fim de que ela obedeça aos ditames da Constituição Federal, notadamente o direito fundamental à justa indenização (art. 5º, XXIV). Nos próximos tópicos o tema será revisto, com proposta de um conceito de justa indenização. É que, no limite, o pensamento eficientista poderia justificar a subtração da propriedade particular sem qualquer indenização, sob o argumento de que isso reduz (ou aniquila) o gasto público, o que evidentemente precisa ser balanceado.

Como sustenta Batista Jr., “a partir da constitucionalização do princípio da eficiência, deve ser afastada sua leitura como efeito da atividade administrativa ligada puramente a valores extrajurídicos”¹⁷³.

Dessa forma, a eficiência é ressignificada pelo Direito (como o Rei Midas, que tudo que toca vira ouro, o Direito juridifica tudo o que toca¹⁷⁴), por isso é necessária uma “eficiência constitucionalmente qualificada”, que não se afasta de valores jurídicos, e que por isso deve respeito aos direitos fundamentais e observância aos limites da Constituição Federal.

Face ao dever de eficiência, à luz de ponderações do caso concreto, e sem olvidar os ditames constitucionais, o agente público está, portanto, vinculado constitucionalmente à tomada de decisão mais vantajosa para a Administração Pública, que com alguma frequência está associada à consensualidade, devendo esta porta ser deixada permanentemente aberta ao agente público.

“A solução ótima (eficiente) é a que maximiza o atendimento das necessidades sociais e a persecução do bem comum; não se trata daquela que simploriamente maximiza a riqueza social, mas a que, além da visão estritamente economicista e utilitarista, preserve equilibradamente a ideia de dignidade da pessoa humana, que vele pelos valores da justiça.”¹⁷⁵

¹⁷³ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 95.

¹⁷⁴ A comparação é do Professor Miguel Reale.

¹⁷⁵ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 101.

Em diversas situações, Posner salientou o caráter eminentemente instrumental da maximização da riqueza:

“Por ser inconcebível, no sistema proposto, a existência de verdades imutáveis e absolutas, a proposta de Posner é que a instrumentalidade da maximização da riqueza pode servir de guia do direito de políticas públicas diversas. A fórmula proposta é a de que a maximização da riqueza seria o princípio geral”¹⁷⁶

Portanto, a ideia de eficiência é distinta da simples ideia de economia de recursos¹⁷⁷. Com efeito, gasto público de qualidade é gasto público bem planejado, ou seja gasto público *resolutivo* em face do problema que lhe justificou a realização¹⁷⁸.

O que se exige da máquina pública é eficiência, eficácia e efetividade; maximização de resultados; máxima satisfação dos interesses sociais; minimização do sacrifício dos administrados; mas, sobretudo, atenção para com o futuro, em uma perspectiva de longo prazo, a persecução dos objetivos anteriores¹⁷⁹.

Formata-se, assim, um novo conceito constitucional de interesse público, em que sobressai a importância jurídica do resultado, no que se pode conceber um “constitucionalismo de resultado”, como salienta Moreira Neto: “(...) nesse processo de definição jurídica do interesse público sobressai a introdução do *resultado da ação administrativa* como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da eficácia à eficiência e, desta, à efetividade.”¹⁸⁰

De nada adianta o poder público, adotando solução de curto fôlego, insistir no pagamento de um valor de indenização que sabe (ou deveria saber) abaixo do valor justo, para tempos depois ser condenado ao pagamento de uma indenização vultosa, que vai bloquear a fila de seus precatórios, ainda que isso ocorra nas décadas seguintes e em outra gestão.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. **Eficiência e direito**: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir da obra de Richard Posner. – Recife: O Autor, 2016, p. 78.

¹⁷⁷ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p.100.

¹⁷⁸ PINTO, Elida Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. In PINTO, Elida Graziane *et al.* **Política pública e controle**: um diálogo interdisciplinar e face da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 109.

¹⁷⁹ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 33.

¹⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 171.

3.5 O arcabouço jurídico da negociação na Administração Pública na fase administrativa da desapropriação

Como já foi fixada a premissa de que negociar é vantajoso para a Administração Pública, é necessário situá-la no plano jurídico, estabelecer as condições para sua ocorrência.

Principia a criar raízes no seio da Administração Pública moderna o emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas¹⁸¹. A consensualidade, assim, é uma tendência do Direito Público¹⁸², que deve vir acompanhada de decisões técnicas, evitando a politização da administração, e fazendo uso de uma “flexibilização responsável”.

Negociar significa transacionar, conforme definido pelo art. 840 do Código Civil: “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Ou seja, o instituto pode ser utilizado para prevenir ou terminar litígio, e exige que haja concessões recíprocas. Caso apenas uma das partes faça concessões, não estamos diante de uma transação, mas de submissão.

Espécie de contrato, com previsão no Capítulo XIX, inserido no Título VI, do Livro I, da Parte Especial do Código Civil, a transação é classificada como negócio jurídico bilateral, que, a teor do art. 104 do referido diploma, exige para sua validade agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei.

O que ocorre, porém, quando a Administração Pública negocia, ela celebra necessariamente um contrato (transação) nos termos do Código Civil? Como se dá essa manifestação de vontade na negociação?

Batista Jr. vê semelhanças da transação privada com a transação administrativa, sendo os traços básicos idênticos, observadas algumas peculiaridades, resumida em cinco elementos: 1. relação jurídico-administrativa controvertida, 2. vontade de transigir, 3. capacidade do interessado e competência administrativa para transigir, 4. objeto litigioso transacionável¹⁸³ e 5. concessões recíprocas¹⁸⁴.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009, p. 309.

¹⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 259.

¹⁸³ Não serão tecidas maiores considerações sobre esse elemento, porque na desapropriação a discussão jurídica, via de regra, gira em torno de valores pecuniários, o que nos parece suficiente para justificar a possibilidade de transação.

¹⁸⁴ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 19.

Concentrando-se na manifestação de vontade, na taxonomia dos atos da administração tradicionalmente¹⁸⁵ se inclui o ato administrativo propriamente dito e o contrato administrativo, sendo o primeiro associado a uma medida unilateral do poder público, e o segundo a exigir o aceite de outrem, quase sempre¹⁸⁶ ligado a obras, serviços, compras e alienações, *ex vi* do art. 37, XXI, da Constituição Federal, e da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Ato administrativo, contudo, não pode mais ser considerado a manifestação por excelência do poder administrativo, pois a “aplicação do Direito Público não implica, necessariamente, a atuação de medidas imperativas”¹⁸⁷.

A Administração Pública, num contexto de Estado pluralista, tem encontrado dificuldade na realização do interesse público pela via autoritária e unilateral, por isso é importante fomentar estruturas de cooperação, com mecanismos que favoreçam a substituição de métodos impositivos por estratégias de negociação¹⁸⁸.

Decisivo para isso foi a vinculação da Administração Pública ao texto constitucional, notadamente ao princípio da eficiência, a gerar uma releitura das balizas que por muito tempo permearam o regime de Direito Público, que contribuía para a negação de qualquer ato negocial pelo poder público¹⁸⁹. É preciso asseverar, todavia, que não se cogita jamais de negociar o *interesse público em si*, mas sim o modo de atingi-lo com maior eficiência¹⁹⁰.

Assim, tanto o ato administrativo e quanto o contrato administrativo são formas de atuação administrativa¹⁹¹, não devendo este último ser considerado apenas uma forma para aquisição de bens ou contratação de serviços, o que implica uma reprogramação do agir administrativo, numa ideia mais ampla de contrato administrativo¹⁹², com vistas à solução consensual das controvérsias. Isso porque “coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo”¹⁹³.

¹⁸⁵ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª Edição. Rio de Janeiro, 2006.

¹⁸⁶ É o que infere da legislação correlata, como a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁸⁷ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 253.

¹⁸⁸ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 252.

¹⁸⁹ EIDT, Elisa Berton. **Op. Cit.**, p. 133.

¹⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 188.

¹⁹¹ “O ato administrativo, ao lado do contrato, na realidade são formas alternativas de atuação administrativa que veiculam uma decisão tomada pela Administração Pública (...), ou seja, são ambos “meios” de administração, e não fins em si mesmos” Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 252.

¹⁹² “(...) a autoridade pode, em vez de emitir um ato administrativo, firmar um contrato de direito público com aqueles para os quais, de outro modo, emitiria um ato administrativo. (...) Se a Administração Pública (ou particular atuando nessa qualidade) pode praticar atos administrativos, salvo expressa determinação legal, possui titularidade de poder usar a via contratual administrativa. (...) O contrato administrativo, portanto, diz respeito àquelas situações que a Administração Pública poderia resolver de forma unilateral e autoritária, mas que resolveu assim não fazer.” Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, *passim*. No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 177.

¹⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 189.

Já não se pode mais afirmar que a vontade do administrado é irrelevante¹⁹⁴ na emissão do ato administrativo, sendo tal vontade elemento marcante na formação dos atos administrativos e também dos negócios jurídicos administrativos¹⁹⁵.

É nesse sentido que se pode compreender melhor termos como *concertação administrativa* ou *contratualização administrativa*, ambas formas de expressão da Administração Consensual, como explicam Oliveira e Schwanka:

“Entende-se como *formas de expressão da Administração Consensual* o modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva e unilateral da Administração Pública.

A *concertação administrativa* e a *contratualização administrativa* podem ser arroladas como formas de expressão da Administração Consensual.

Alude-se à *concertação administrativa* para designar um fenômeno “em que a Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados. (...)”¹⁹⁶.

Calha ressaltar, todavia, que, mesmo quando a Administração Pública age por meio de contrato administrativo, ou de concertação administrativa, não se relaciona com o particular sob a perspectiva exclusiva da horizontalidade¹⁹⁷, jamais podendo abdicar de sua prerrogativa de imposição unilateral de suas decisões¹⁹⁸. Assim a opção de agir de forma imperativa ou consensual fica a critério do poder público, observada as balizas constitucionais e legais.

Conquanto afirme que a disciplina dos contratos administrativos e dos atos administrativos seja muito próxima¹⁹⁹, Batista Jr. atribui natureza contratual à transação administrativa.

Quando a Administração, por exemplo, uma vez convencida da veracidade das informações apresentadas pelo desapropriado, altera para maior o valor da avaliação administrativa, visando a prevenção de um litígio, parece emitir ato administrativo qualificado, vez que contou com a participação do administrado, no caso o desapropriado.

¹⁹⁴ “Não afeta a unilateralidade do ato administrativo e circunstância, muito comum, de o ato depender de manifestação de vontade do administrado.” Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 32.

¹⁹⁵ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p.232.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. **Op. Cit.**, p. 314. No mesmo sentido, v. v. FERRAZ, Luciano. **Op. Cit.**, p. 105.

¹⁹⁷ FERREIRA, Kaline. **A autocomposição e as pessoas jurídicas de Direito Público: o que mudou depois da Lei de Mediação?** Disponível em: <https://anafenacional.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-Mediacao-Depois-da-lei-de-mediacao_Kaline-Ferreira.pdf>, acesso em 06 nov. de 2020.

¹⁹⁸ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 70.

¹⁹⁹ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 233.

De nossa parte, não há pretensão aqui de debater a natureza jurídica do instrumento pelo qual se põe fim de maneira amigável à desapropriação, se um ato administrativo estruturado²⁰⁰ com base em subsídios do desapropriado, a exemplo de um laudo de avaliação administrativa cujo valor – após majoração fundada em informações apresentadas – seja aceito pelo desapropriado, ou se um contrato administrativo, por acreditar que isso tem relevância muito mais doutrinária²⁰¹ que prática.

A efetiva solução da controvérsia é mais relevante que a roupagem jurídica que se dê, bastando que veicule de forma clara e segura a tomada de decisão, o que evidencia a natureza eminentemente pragmática do instituto da transação²⁰². Isso porque, como já ressaltado, “coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo”²⁰³.

É preciso alertar, todavia, que em alguns casos, a negociação pode ser vista com maus olhos dentro da Administração Pública:

“A transação tem sido regulada e tratada sob uma clássica ótica patrimonial privada (dentro das relações contratuais), qualificando-se como autêntico *negócio jurídico bilateral* que gera direitos e obrigações. A feição contratualista da transação, portanto, parece explicar (sem justificar) a automática repulsa gerada quando se discute sua admissibilidade envolvendo interesses ou direitos considerados indisponíveis, tais como o patrimônio público, a improbidade administrativa, o meio-ambiente, a liberdade, a vida, enfim, os direitos fundamentais individuais e coletivos.

Contudo, como nunca é o suficiente destacar, *as categorias jurídicas só tem razão de ser se funcionalmente puderem gerar proteção eficiente aos direitos*. Daí a relevância e atualidade da reavaliação tanto do significado da transação enquanto negócio jurídico como, também, do significado da indisponibilidade.”²⁰⁴ (destaque no original.)

Como salienta Moreira Neto, “o atraso observado na aceitação das vias negociais administrativas se deve à visão imperativa, que as considerava interditadas para o direito administrativo, visão herdada da doutrina francesa.”²⁰⁵

²⁰⁰ O consenso passa a conformar a própria vontade administrativa, nesse sentido: “A busca do consenso implica a utilização de mecanismos institucionalizados de audição e de participação dos interessados, mesmo na formatação de decisões administrativas unilaterais” Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.** p. 247/248.

²⁰¹ “Contudo, como nunca é o suficiente destacar, *as categorias jurídicas só tem razão de ser se funcionalmente puderem gerar proteção eficiente aos direitos*. Daí a relevância e atualidade da reavaliação tanto do significado da transação enquanto negócio jurídico como, também, do significado da indisponibilidade.” (VENTURI, 2016, p. 6, destaque nosso).

²⁰² BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 305.

²⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 189.

²⁰⁴ VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 251, n. 251, p. 391-426, 2016, p. 6.

²⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 188.

Isso parece explicar em alguma medida a resistência²⁰⁶ que os métodos negociais de resolução de conflitos têm no país. Porém, cumpre destacar que “há muitos tipos de acordo, e nem todos são vis ou vergonhosos. Negociações e acordos mutuamente benéficos e totalmente honrosos ocorrem todos os dias (...)”²⁰⁷, de modo que a celebração de compromissos administrativos de forma proba pode apresentar grande vantajosidade, e deve ser incentivada face a um imperativo de eficiência.

A negociação tem um *locus* adequado para se desenvolver no seio das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, nos termos do art. 32 da Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, ou nas câmaras de mediação e conciliação, previstas no artigo 174 do Código de Processo Civil. Em ambos os casos, seu funcionamento se dará no âmbito dos órgãos da advocacia pública. É imperiosa a criação de ambiente institucional propício à negociação, a fim de estimular ou incentivar a autocomposição dos conflitos.

Nesse sentido, é recomendável destacar um membro da advocacia pública, de preferência afinado com o tema, para exercer a função de mediador ou facilitador, tendo ele a incumbência de buscar a solução consensual do conflito. Dessa forma, há maiores chances de obter êxito do que se essa incumbência ficar, cumulativamente, a cargo de profissional que atue diretamente na defesa do ente público durante o litígio.

Por isso, é salutar pensar a respeito dos estímulos à negociação pelo agente público:

“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.”²⁰⁸

²⁰⁶ “Diferentes padrões de instituições hoje estão profundamente enraizados no passado porque, uma vez que a sociedade se organiza de uma maneira particular, isso tende a persistir”. Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty**. New York: Crown, 2012, 544 p., p. 44. Livre tradução do original, onde se lê: “Different patterns of institutions today are deeply rooted in the past because once society gets organized in a particular way, this tends to persist”.

²⁰⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos [livro eletrônico]: por que a liberdade depende dos impostos** / Stephen Holmes e Cass R. Sunstein; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, ePub, paginação irregular.

²⁰⁸ VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Márcilio. Políticas pública consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. In: **R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018, p. 167.

Dentro desse enquadramento jurídico de concessões mútuas, característico da negociação/transação, é cabível por exemplo o acertamento de número de parcelas a serem pagas, montante, valor de entrada, tratamento sobre a incidência de encargos (juros e correção monetária), levantamento imediato da diferença depositada de 20%, dentre outros. Como sustenta Batista Jr: “É possível que a transação envolva direitos incontroversos, indubitáveis, e as concessões recíprocas digam respeito a outros direitos²⁰⁹”

Um determinado ponto, contudo, afigura-se primordial²¹⁰: que eventual valor complementar não seja submetido ao precatório, o que parecer encontrar respaldo jurídico na Constituição Federal, pois, nos termos do art. 100, *caput*, os pagamentos sujeitos ao precatório são apenas os decorrentes de “sentença judiciária”, o que exclui o valor acertado administrativamente²¹¹.

O valor complementado, nesse sentido, pode ser visto como a modificação do valor da oferta para fins do art. 10 do Decreto-lei n.º 3.365/41, com correção de rumos fundado na autotutela ou em transação administrativa:

“A celebração de acordo entre a Administração devedora e o credor particular, desde que se evidencie a efetiva ocorrência de interesse público, não configura enriquecimento ilícito, não causa lesão ao erário e nem atenta contra os princípios da Administração Pública. (...) Essa possibilidade está expressamente prevista na legislação federal, mais exatamente na lei de desapropriações (Decreto-lei no 3.365, de 21/06/41), cujo art. 10 diz, literalmente, que “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente”. Há mais de 60 anos, sem qualquer problema, União, Estados e Municípios celebram acordos com particulares.”²¹²

Caso assim não fosse, fazer incidir a necessidade do precatório ainda no acertamento da fase administrativa, seria impor custos de transação excessivos, desestimulando a celebração do acordo, o que viria a frustrar a negociação.

²⁰⁹ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 305.

²¹⁰ No Recurso Extraordinário 922.144-MG, foi reconhecida em 2015 a repercussão geral da compatibilização da justa e prévia indenização em dinheiro com o regime dos precatórios. O feito ainda está pendente de julgamento. Vide ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. GARANTIA DE JUSTA E PRÉVIA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE PRECATÓRIOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se e como a justa e prévia indenização em dinheiro assegurada pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/1988 se compatibiliza com o regime de precatórios instituído no art. 100 da Carta. 2. Repercussão geral reconhecida.

²¹¹ “Note-se que esse artigo se refere à execução judicial, coercitiva, e não, obviamente, de todo e qualquer pagamento feito pela Fazenda Pública. Esse dispositivo é (ou pelo menos pretende ser) uma garantia para o credor, assegurando a ordem cronológica dos pagamentos, quando a Fazenda Pública for judicialmente compelida a pagar.”. (DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 42, n. 165, p. 7-19, jan./mar. 2005, p. 9)

²¹² DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 42, n. 165, p. 7-19, jan./mar. 2005, p. 10.

3.6 Justa indenização como indenização fundamentadamente negociada

Nos termos do art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na Constituição. Ou seja, por estar no rol do art. 5º, a justa indenização na desapropriação constitui um direito fundamental.

A Administração Pública tem um direito, que é o de desapropriar, haja vista a prerrogativa de defesa do interesse público. Por outro lado, o desapropriado também tem um direito, que é à justa indenização, o que nesse contexto pode ser lido como uma restrição ao direito de propriedade. Como compatibilizá-los?

Para elaborar um conceito de justa indenização, é preciso compreender melhor o que são direitos. E quando se fala neles, um tema tem ganhado espaço: o custo dos direitos. Conforme ensinam Holmes e Sunstein²¹³, o termo “direitos” tem muitas nuances de significado, mas em geral, há duas maneiras de abordar o tema: a moral e a descritiva.

Enquanto a maneira moral se refere àquelas coisas que o ser humano tem direito como sujeito moral, enquanto pessoa, e não em razão da nossa condição de participantes de determinada sociedade, a maneira descritiva busca explicar como os sistemas jurídicos efetivamente funcionam, sendo menos orientada para a justificação²¹⁴.

A teoria moral e a teoria descritiva não são contraditórias entre si, apenas fazem perguntas diferentes, e por consequência obtêm respostas diferentes:

“Os que visam instituir reformas jurídicas devem, como é óbvio, esforçar-se para fazer com que os direitos garantidos politicamente se coadunem com aqueles que lhes parecem moralmente corretos, e os encarregados de fazer valer os direitos jurídicos devem procurar convencer o público de que esses direitos têm um fundamento moral sólido”²¹⁵

No caso da desapropriação, coexistem o interesse da Administração em pagar o menor valor possível, e o interesse do desapropriado em receber o maior valor possível a título de indenização. Mas quando um interesse pode ser considerado um direito?

Conforme ressaltam os autores, “(...) um interesse é considerado um direito quando um sistema jurídico eficaz o trata como tal, usando recursos públicos para defendê-lo”²¹⁶. Enquanto

²¹³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **Op. Cit.**, paginação irregular.

²¹⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **Op. Cit.**, paginação irregular.

²¹⁵ Ibidem, paginação irregular.

²¹⁶ Ibidem, paginação irregular.

os direitos morais vinculam a consciência, mas não podem ser exigidos, direitos jurídicos estão na salvaguarda do Estado, e sua defesa pode ser exigida, o que configura a dimensão de sua “eficácia”.

Os direitos jurídicos são, em regra, assegurados por meio de um sistema jurídico operante e dotado de recursos financeiros suficientes, por isso “direitos são bens públicos que custam dinheiro”²¹⁷. O estabelecimento do direito à propriedade, por exemplo, pouco vale se não existe aparato policial e jurídico apto e capaz defendê-lo de vândalos e usurpadores.

Nesse sentido, “um direito jurídico só existe se e quando tem um custo orçamentário”²¹⁸. Efetivamente, parece inócuo existir uma previsão constitucional de que o desapropriado deve receber uma indenização justa, se ela não é paga²¹⁹, isto é, se não é efetivada na prática e no momento oportuno.

Ademais, devem ser considerados também os chamados custos indiretos. Na desapropriação, é possível pensar em custos indiretos mais evidentes, como os encargos e acessórios (juros, correção, honorários advocatícios de sucumbência, etc), e outros menos evidentes²²⁰, como aqueles associados à manutenção do próprio sistema de justiça, como estrutura necessária, remuneração de magistrados, servidores, procuradores, bem como tempo de tramitação²²¹, o que em geral pode ser entendido como um custo de oportunidade.

É preciso, contudo, fazer uma ressalta: “(...) o estudo dos direitos não reflete de maneira alguma uma adoração cega dos resultados de mercado; pelo contrário, tem o objetivo de estimular uma formulação prudente de políticas públicas”²²².

Conforme salientam Holmes e Sunstein:

“Levar em consideração o custo dos direitos, portanto, é pensar mais ou menos como uma autoridade do governo que se pergunta como distribuir recursos limitados de modo inteligente, sempre em vista de uma larga gama de bens públicos. (...) só

²¹⁷ Ibidem, paginação irregular.

²¹⁸ Ibidem, paginação irregular.

²¹⁹ “Em todos os níveis de governo, federal, estadual e municipal, acumulam-se os precatórios pendentes de pagamento. (...) A desmoralização da execução coercitiva contra a Fazenda Pública é fato público e notório, dispensando comprovações e maiores comentários” Cf. DALLARI, Adilson Abreu. **Op. Cit. passim.**

²²⁰ Convém ressaltar que a análise desse tipo de variáveis foi relevantíssima na composição do custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal, em estudo realizado em 2011 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, o que evidencia sua relevância. BRASIL, IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal.** Brasília: IPEA, 2011. 44p.

²²¹ A visão aqui é holística, considera os custos do Estado como um todo, ainda que se saiba que exista a autonomia orçamentária do Poder Judiciário, com seu destaque do orçamento do Poder Executivo. Assim, como apontam Holmes e Sunstein, a reflexão posta aqui é menos um estudo sobre finanças públicas, e mais sobre o que se pode aprender sobre os direitos quando se reflete sobre os custos orçamentários. Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos [livro eletrônico]: por que a liberdade depende dos impostos** / Stephen Holmes e Cass R. Sunstein; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, ePub.

²²² Ibidem, paginação irregular.

podemos pensar numa proteção de direitos mais eficiente em termos de custos depois de reconhecermos que todo direito tem seu custo”.²²³

Dessa forma, o foco no custo dos direitos nos obriga a ver o bem público de maneira ampliada, e não restrita, o que “nos impede de resolver os problemas sequencialmente, na medida em que vão chamando a nossa atenção, e nos força a propor ‘pacotes’ de soluções a uma larga gama de problemas sociais”²²⁴.

Por isso, o custo da litigância, seu custo-benefício e uma eventual sucumbência devem ser considerados no momento do planejamento da desapropriação e na estimativa de gasto público a ela associada:

“Gasto público de qualidade é gasto público significa gasto público bem planejado, cuja execução se revele aderente às estimativas de custo e resultado, sem prejuízo da obediência aos demais filtros de conformidade com o ordenamento.”²²⁵

Uma Administração Pública eficiente significa voltar sua atenção para prevenção e precaução, sendo que o Estado “na certeza de evento danoso, tem a obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias”²²⁶.

Nesse sentido, “é extremamente desvantajoso para o Estado aguardar a ocorrência do dano para então se adotarem as medidas cabíveis, sobretudo quando já é possível vislumbrar a sua magnitude²²⁷. Prevenir é sempre solução melhor que corrigir²²⁸.”

Por isso, se a negociação com a finalidade de efetivar uma transação puder configurar a melhor forma de atendimento ao interesse público, o gestor público deve se empenhar na tomada de decisões acertadas e criativas na busca de soluções para os complexos e multifacetados problemas que assolam o país, com atenção às particularidades de cada ente público. E para haver negociação, é imprescindível certa margem²²⁹ de discricionariedade, o que favorece “que a Administração ajuste com os administrados soluções concertadas que

²²³ Ibidem, paginação irregular

²²⁴ Ibidem, paginação irregular

²²⁵ PINTO, Elida Graziane. **Op. Cit.**, p. 110.

²²⁶ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 119.

²²⁷ EIDT, Elisa Berton. **Op. Cit.**, p.134.

²²⁸ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 239.

²²⁹ Na lúcida expressão de Rogério Soares, “A Administração há de ganhar em elasticidade de movimentos o que perdeu em insindicalidade”. Cf. SOARES, Rogério Guilherme Ehrardt. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra, 1955, p. 81, *apud* BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 152. Nos termos já exposto, isso quer dizer que, quanto maior a margem de discricionariedade ofertada ao gestor, maior será a sua responsabilidade de atuação, com ônus argumentativo e fundamentação de suas ações (motivação), passível de apreciação pelo controle.

possam representar, nos casos concretos, alternativas de atendimento otimizado do bem comum”²³⁰.

A “discricionariedade expressa que o dever de escolha da melhor solução, perante as circunstâncias, foi deixado, pelo legislador, para o administrador”²³¹, o que significa que o poder/dever administrativo de valoração discricionária começa onde termina a interpretação, isto é a discricionariedade começa nas opções deixadas pela interpretação. Enquanto na vinculação a lei escolhe a alternativa, a única presumivelmente eficiente, na discricionariedade, a lei admite alternativas igualmente legais, cabendo ao gestor público escolher a solução eficiente²³².

Dessa forma, “a melhor solução depende de ponderações de interesses, daí existe uma zona duvidosa na qual ninguém pode dizer que a solução seja a melhor (ou não) para o bem comum, que, certamente, assim, será insindicável”²³³. É que a negociação tem lugar justamente na incerteza, quando a outra parte pode ter razão, mas sem precisão fática ou jurídica²³⁴.

Na realidade, portanto, a ideia de eficiência²³⁵ impõe a necessidade de se proceder a uma concertação ponderada dos interesses intervenientes, que se consolida como mecanismo essencial e fundamental para o processo decisório no âmbito da Administração Pública²³⁶. Daí a “passagem da *relação de supremacia* à virtuosa *relação de ponderação*”²³⁷.

Isso significa ouvir o desapropriado, levar em consideração suas razões e observar os interesses secundários envolvidos, o interesse do particular envolvido em obter o valor mais alto possível de indenização, o que, todavia, não parece tão secundário assim, dado que a justa indenização na desapropriação é um direito fundamental. Na linha da participação e da consensualidade, destaca-se o desenvolvimento da negociação referida ao atendimento do próprio interesse público.

É possível afirmar, nesse contexto, como já ressaltado, que “coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo”²³⁸.

²³⁰ O bem comum pode ser definido como “a composição concertada de interesses públicos”, nesse sentido “(...) à Administração Pública são colocados diversos interesses públicos, muitas vezes até contraditórios entre si, perante uma realidade concreta, e a atuação administrativa deve se alinhar rumo a um interesse de síntese, resultado de uma ponderação equilibrada desses diversos interesses intervenientes”. Cf. BATISTA JR., **Op. Cit.**, p. 62.

²³¹ *Ibidem*, p. 156.

²³² *Ibidem*, p. 167/168.

²³³ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 169.

²³⁴ EIDT, Elisa Berton. **Op. Cit.**, p. 144.

²³⁵ É preciso buscar o caminho do meio, o atendimento do interesse público em medida suficiente, adequada ou razoável: “A ideia de eficiência pública reclama o melhor interesse público ‘possível’, pois a eficiência total deve ser descartada”. Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 100.

²³⁶ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 174.

²³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 173.

²³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 189.

Noutro giro, é preciso compreender que “(...) os direitos não têm função proibitiva, mas regulatória”, e que para defendê-los, os tribunais não se limitam a declarar a ilegalidade de certos atos do Estado, mas exigem que ele, em todos os seus ramos, apresente fundamentos legítimos e substanciados para justificar as restrições impostas e os atos cometidos ou omitidos²³⁹.

No que tange à estrutura administrativa, exige-se a desburocratização, com aproximação da Administração Pública dos administrados, tanto por exigências de legitimidade e de controle de atuação administrativa, quanto de eficiência²⁴⁰. Só assim é possível estimular a cooperação e a confiança, que são a base do consenso²⁴¹.

Logo, umas das contribuições mais relevantes que o Poder Judiciário pode dar na prestação de contas democrática é obrigar que as autoridades legislativas e executivas que infringem interesses atualmente denominados “direitos” formulem publicamente a legitimidade e a importância dos objetivos que visam alcançar, adequabilidade dos meios por eles escolhidos. Os direitos, portanto, excluem certas justificativas de ação ou inação²⁴².

Para melhor compreensão da ideia, vale transcrever aqui relevante trecho, ainda que longo:

“Trata-se de um fenômeno bastante comum na vida cotidiana. Se um amigo lhe faz uma confidência, você pode revelar o que ele lhe disse se isso for necessário para salvar a vida dele, mas não pode falar simplesmente porque é gostoso fofocar sobre os problemas de seu amigo. Se um amigo vai se casar, você pode decidir não comparecer à cerimônia porque seu filho está muito doente e não há quem possa cuidar dele, mas não pelo simples fato de estar passando um filme interessante na televisão. O modo como tomamos decisões no cotidiano se baseia rotineiramente na exclusão de certas razões por não virem de modo algum ao caso, e não por simplesmente não serem importantes. (...).

O mesmo vale para decisões tomadas na esfera jurídica. O fato de o direito ter proposto um subconjunto de interesses como direitos juridicamente exigíveis exclui, enquanto aqueles direitos vigoram, certas justificativas do menu de razões aceitáveis para que tais direitos sejam restringidos. Na medida em que certas justificativas são inadmissíveis, o direito realmente funciona de modo absolutista no que se refere a certos fins. Mas, na medida em que justificativas mais persuasivas continuam sendo admissíveis, os direitos nunca se categorizam como inegociáveis quando o suposto violador apresenta fundamentos legítimos e suficientemente importantes para não observá-los. Lamentavelmente, a escassez de recursos é uma razão legítima para que um direito não seja protegido”²⁴³ (destaque nosso).

²³⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **Op. Cit.**, paginação irregular.

²⁴⁰ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 49.

²⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 160.

²⁴² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **Op. Cit.**, paginação irregular.

²⁴³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **Op. Cit.**, paginação irregular.

Quando compreendermos as categorias de razões admissíveis ou inadmissíveis para a restrição e ou regulação, estamos a meio caminho de compreender na prática o que são os direitos, na qualidade de interesse de um tipo especial²⁴⁴.

E se é justificável que um *direito* não seja protegido, face à escassez de recursos (como acontece com o direito à saúde, no caso de pedido de fornecimento de alguns medicamentos de carácter experimental, de valor exorbitante), com muito mais razão existe justificativa para não proteger um mero *interesse* do desapropriado em receber o maior valor possível a título de indenização, desde que apresentada uma justificativa adequada e razoável.

Com efeito, a Administração Pública pode oferecer um valor de indenização em montante *inferior* ao montante que o desapropriado entende devido, desde que justifique adequadamente, e não o faça com o simples propósito de arcar com o menor valor, pois isso viria – injustamente – em detrimento do direito de propriedade do desapropriado.

Isso enfatiza a necessidade de fundamentação do laudo de avaliação, e tem a dupla virtude de, num só ato, dar mais transparência, favorecendo o controle, mas também dar azo a maior participação do administrado, facilitando a antecipação de conflitos.

A discricionariedade, assim, não consiste na liberdade de atuar do administrador sempre que a lei não proibir, mas, sim, atuar à luz das imposições de eficiência, perante os interesses intervenientes, no caso concreto, de acordo com a margem de ponderação aberta para a Administração Pública, nos limites e na medida da lei²⁴⁵. Não se pode descurar que a margem discricionária está tendencialmente vinculada pelos princípios reitores da Administração Pública²⁴⁶.

Trata-se mesmo de um dever de consensualidade²⁴⁷: quando a negociação puder conduzir a uma solução possivelmente vantajosa, ela deve ser explorada, inclusive com precedência sobre as demais, haja vista a vinculação dos membros da advocacia pública aos princípios constitucionais, notadamente o da eficiência.

Nessa toada, consensualidade pode ser definida como a habilidade de os envolvidos construírem uma solução vantajosa e factível, por meio do diálogo, sem a necessidade de recorrer a terceiros para uma solução adjudicada. E a negociação pode ser uma ferramenta singular para impulsionar a consensualidade, porque não se pauta na sobreposição de interesses, mas na exploração de pontos de contato.

²⁴⁴ Ibidem, paginação irregular.

²⁴⁵ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 150.

²⁴⁶ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 166.

²⁴⁷ Cf. NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018.

Mas como conduzir essa negociação na prática? Pode onde começar? Fischer e Ury²⁴⁸ ensinam que, para fortalecer seu poder de barganha, tornando mais convincente seu argumento e facilitando sua aceitação pela outra parte, deve-se negociar utilizando critérios objetivos²⁴⁹, o que importa em se valer de padrões justos e procedimentos justos.

No âmbito da Administração Pública, isso importa que a decisão deve ser tomada onde é ótimo o nível de informação²⁵⁰. Por isso, há necessidade de fortalecer o procedimento de avaliação, tornado claras e transparentes as razões que levaram à definição de um valor, e insistir que sejam utilizados padrões justos de avaliação devidamente reconhecidos²⁵¹:

“Em cada caso, a regularidade da transação depende da demonstração cabal e objetiva da existência de interesse público e, especialmente, de vantagem para o erário, tanto financeira quanto, numa perspectiva mais ampla, econômica, no tocante à realização de políticas públicas.”²⁵²

Logo, a proximidade com os técnicos, especialmente os servidores encarregados da elaboração dos laudos, é primordial, como também o é a atuação da própria advocacia pública, como carreira de Estado encarregada da representação judicial e da consultoria jurídica dos entes públicos.

Por estar geralmente em contato com o extrato superior da gestão pública, a advocacia pública deve fomentar o movimento de *bottom up*²⁵³ para angariar o maior número possível de evidências úteis à solução consensual de conflitos, suplantando o contato formal por meio de ofícios, circulares e memorandos e se antecipando a um eventual desfecho negativo no processo

²⁴⁸ FISHER, Roger; URY, William. **Getting to yes: negotiating an agreement without giving in**. Random House Business Book, 2008, p. 42-44.

²⁴⁹ “No mínimo, os critérios objetivos precisam ser independentes da vontade de cada lado. Idealmente, para garantir um acordo razoável, os critérios objetivos devem ser não apenas independentes da vontade, mas também legítimos e práticos”. Cf. FISHER, Roger; URY, **Op. Cit.** 45. Livre tradução do original, onde se lê: “At minimum, objective criteria need to be independent of each side’s will. Ideally, to assure a wise agreement, objective criteria should be not only independent of will but also both legitimate and practical.”

²⁵⁰ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 71.

²⁵¹ Esse parece ser o caso dos padrões estabelecidos nas normas técnicas da ABNT, indicados na NBR 14653-2 e na NBR 14653-3, para citar alguns exemplos. Cf. BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Diretoria Geral. Diretoria de Planejamento e Pesquisa. Divisão de Supervisão/Desapropriação. **Diretrizes básicas para desapropriação**. Rio de Janeiro: IPR, 2011. 186p. (IPR. Publ. 746.

²⁵² DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 42, n. 165, p. 7-19, jan./mar. 2005, p. 19.

²⁵³ Expressão utilizada em contraponto ao movimento de *top down*, que significa uma imposição de decisões sem colaboração do nível político com o nível técnico. “O enfoque oposto é denominado *bottom up*, de baixo para cima, que enfatiza exatamente os atores, suas relações e negociações, o peso dos interesses locais e dos funcionários que trabalham diretamente com os cidadãos.” Cf. SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Tomo 8, p. 2.319.

judicial. É necessária, portanto, uma interação orgânica e concertada com os demais órgãos e unidades da Administração Pública para obter êxito nessa empreitada.

Dessa forma, quando se sabe (ou se deveria saber) que o valor da indenização administrativa oferecida ao desapropriado é muito abaixo²⁵⁴ do que seria considerada “justa”, isso deve acender o alerta para advocacia pública, para atuar de forma preventiva na tentativa de evitar um litígio judicial.

Neste caso, os direitos de propriedade (aqui entendido como o direito à justa indenização) serão imperfeitos, dado que os beneficiários têm mais chance de não recebê-los, e, como consequência, os custos de transação serão significativos. Assim, uma transação inicialmente vantajosa (decorrência do reduzido valor ofertado administrativamente) se torna ou se tornaria proibitiva devido aos custos de transação, inclusive com relação aos custos de oportunidade²⁵⁵ para a Administração Pública.

Considerando todo o exposto, é possível delinear os contornos do que pode ser considerada justa indenização para fins do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal. Em primeiro lugar, justa indenização não é sinônimo de valor de mercado, isto é, o valor que o particular obteria se fosse alienar o bem desapropriado para outro particular. Ele pode ser utilizado apenas como um parâmetro para a sua definição. É que a desapropriação, forma originária de aquisição da propriedade, difere sobremaneira de um contrato de compra e venda, ou outro negócio jurídico praticado num ambiente exclusivamente de mercado.

O vendedor inicialmente manifesta a intenção de vender, depois define um preço aceitável, ou seja, tem a opção de *não* vender, de *não* se desfazer do bem. Na desapropriação, a primeira etapa é suprimida, e o proprietário – por lei – só pode anuir quanto ao preço, o que aumenta o poder de barganha da Administração, e a coloca em vantagem²⁵⁶ na negociação.

Em segundo lugar, deve ser fundamentadamente negociada, sob o prisma fático e também jurídico. A Administração Pública deve envidar esforços na elaboração do próprio laudo de avaliação, que contenha uma margem quanto ao valor da indenização, ao invés de estabelecer um valor fixo e imutável. Ademais, esse laudo deve ser elaborado por profissionais

²⁵⁴ Não chega a ser incomum, por exemplo, que num procedimento de desapropriação por utilidade pública ou por interesse social, Municípios e também Estados ofereçam a título de indenização administrativa o valor venal do imóvel utilizado como base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, de competência municipal, quando se sabe que é comum que em muitos deles esse valor não reflete o real valor do bem, implicando na prática em uma quantia reduzidíssima a título de indenização, em geral não aceita pelo desapropriado, gerando litigância judicial.

²⁵⁵ “Os direitos jurídicos têm um “custo de oportunidade”: quando são impostos, outros bens valiosos (inclusive outros direitos) têm de ser deixados de lado, (...)” Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **Op. Cit.**, paginação irregular.

²⁵⁶ Essa vantagem, todavia, não pode ser vista como ilegítima, pois é da essência do instituto da desapropriação a prerrogativa de intervenção do Estado na propriedade, o que encontra previsão constitucional e legal.

capacitados, livres de interferências políticas, evitando utilizar o valor de avaliação de outros entes públicos, relativo a outras competências. A negociação deve ocorrer de maneira franca, transparência e aberta, pautada em critérios objetivos, devendo ser buscado um ponto de equilíbrio, ponderando os elementos do caso concreto, mas evidenciada de maneira cristalina a vantajosidade para o poder público.

Em terceiro lugar, anuência livre e desimpedida da parte, sem vício de vontade do desapropriado, é essencial. Como já ressaltado, o termo “riqueza” está relacionado a quanto as pessoas estão dispostas a pagar por algo, ou por quanto elas estão dispostas a vender. Dessa forma, se o particular anui com o valor da indenização ofertada, e essa manifestação não contém vícios, ela deve ser considerada aquela que maximiza a riqueza para o próprio desapropriado, caso contrário, seria mais vantajoso litigar. Além disso, a alocação de recursos pode ser considerada eficiente, pois conta com o consentimento expresso das partes.

Assim, a questão de interesse parecer residir menos na indicação de um valor padronizado, unívoco, de indenização, e mais em construir uma solução consistente²⁵⁷, adequada ao problema suscitado caso concreto:

“(…) segundo a concepção luhmaniana da positividade do direito, isto é, do fechamento normativo e abertura cognitiva do direito, o problema da justiça é reorientado para a questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões”.²⁵⁸ (destaque nosso).

Nesse sentido, a consistência das decisões administrativas faz sobressair a natureza subjetiva do controle, que se afirma sobre a natureza objetiva do controle.

²⁵⁷ A decisão pode, inclusive, indicar a necessidade de padronização da indenização, desde que seja consistente. Um acontecimento recente no cenário jurídico nacional pode ilustrar a ideia que se pretende transmitir: em julho/2020, o juízo da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais prolatou sentença do caso do acidente da Barragem de Mariana, em Minas Gerais, ocorrido em 2015. Julgada procedente a ação, o juízo entendeu por aplicar a noção de *rough justice* (livre tradução de “justiça possível”), e utilizou uma matriz de danos, limitando na prática o valor de indenização aos prejudicados a R\$ 94.585,00. Para fundamentar a decisão, pautou-se no elevadíssimo número de atingidos (“um universo de mais de 500 mil”), a dificuldade e a demora na liquidação dos prejuízos individuais (“os atingidos NÃO aguentam mais esperar!”). Assim, se por um lado houve uma flexibilização no ônus da prova em benefícios dos atingidos, houve uma limitação, mas buscando uma celeridade num caso demasiadamente complexo. Sem adentrar no mérito da decisão propriamente, vê-se que a decisão, de 195 páginas, ao menos *prima ictu oculi*, apresenta fundamentação consistente, ainda que seja para determinar, no caso concreto, que a indenização seja padronizada e não individualizada. (Conferir notícia no periódico jurídico Conjur. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-14/trabalhadores-atingidos-desastre-mariana-serao-indenizados>>. Acesso em: 12 nov. 2020)

²⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro** / Marcelo Neves; tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 51.

4 CONSENSUALIDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA

4.1 Política Pública: uma aproximação conceitual

O tema das políticas públicas, e com ela as instituições e as regras que regem sua aplicação, tem ganhado destaque nas últimas duas décadas²⁵⁹. Isso ocorre por vários motivos. Como ensina Smanio, um deles é a percepção de que não basta a Constituição Federal dispor sobre um extenso rol de direitos sociais e instrumentos para a sua realização, pois a sua concretização exige uma atuação eficaz dos poderes e órgãos do Estado e um trabalho eficiente por parte do governo.

Com efeito, umas das características do Estado Democrático e Social de Direito é justamente a realização de políticas ou programas de ação, os quais visam alcançar objetivos sociais relevantes e a efetivação de direitos fundamentais, na linha do que aponta o art. 3º da Constituição ao traçar os objetivos fundamentais da República.

O termo “política” pode ser compreendido a partir de três dimensões: *polity*, que se refere a aspectos estruturantes da política institucional, como os sistemas de governo, estrutura e funcionamento dos Poderes, o aparato burocrático, os quais estão conformados pelo arcabouço constitucional, *politics*, que abrange a dimensão dos processos que compõem a dinâmica da política e a competição pelo poder, marcada por cooperação e conflitos, jogos de interesse, relação entre os poderes, e atuação de outras forças políticas, e *policy*, que abrange os conteúdos concretos da política, a política pública (“Estado em ação”), resultado das dimensões institucional e processual²⁶⁰.

Quando se aborda o tema de políticas públicas, todavia, muitas pessoas o associam tão imediata quanto restritivamente a áreas como saúde, educação, transporte, habitação, combate à violência, etc, como se o tema se traduzisse apenas em prestações positivas disponibilizadas ao cidadão. Não é comum que venha à mente das pessoas outras espécies de políticas públicas como as de imigração, de energia ou de consensualidade.

Abrangendo uma diversidade de áreas, as políticas públicas estão onde o Estado está. Mas, afinal o que são políticas públicas, como defini-las? De acordo com Smanio²⁶¹, vários

²⁵⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio, BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.) **O direito e as políticas públicas no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 1.

²⁶⁰ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Tomo 8, p. 2.307.

²⁶¹ Segundo explica o autor, Fábio Konder Comparato, por exemplo, define políticas públicas “como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”,

autores se debruçaram sobre esse conceito, ora apontando tratar-se de atividade, ora como norma-objetivo, ou outras categorias jurídicas²⁶².

Apesar disso, como ressalta Bucci, política pública na realidade é termo polissêmico, sem conceituação definida, e deve ser considerada como todo programa de ação estatal voltado ao atingimento de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados²⁶³. Socialmente relevantes porque o Estado passa a ser entendido como um provedor ou indutor, e politicamente determinados porque tem assento na Política, e não decorre exclusivamente do Direito.

Em escritos mais recentes, com fundamento em Charles Albert Morand, referida autora vem defendendo a adoção de uma nova racionalidade, um renovado modo de agir do Estado, a se efetivar por meio de direito e políticas públicas:

“(...) o direito das políticas públicas não representa uma degradação do modelo de direito moderno, mas a irrupção de uma nova figura da racionalidade jurídica na qual o direito está inteiramente fundado no imperativo da eficácia”.²⁶⁴

Para Bucci:

“A abordagem DPP tem uma vocação aplicada, voltada à tradução do instrumentalismo em proposições juridicamente bem formuladas e adequadamente fundamentadas, com aptidão para a análise de problemas de concretos e contribuição para as soluções. Seu propósito é colaborar com a construção institucional do Estado brasileiro, na perspectiva democrática e da realização dos direitos fundamentais.”²⁶⁵

Trata-se de uma nova chave metodológica para entendimento das estruturas e da dinâmica do Estado:

“Essa breve resenha demonstra o ganho proporcionado pelo inventário e entendimento dessas inovações jurídicas, se se pretende uma compreensão aprofundada do que caracteriza a nova racionalidade jurídica setorizada das políticas públicas. Aí pode estar uma chave metodológica para o entendimento das estruturas e da dinâmica do “Estado neo-moderno”, em que, segundo Morand, as diferentes

ao passo que Eros Grau o faz como normas que não definem nem a conduta nem a organização, mas que fixam resultados concretos para serem alcançados.

²⁶² SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio, BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.) **O direito e as políticas públicas no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 7/8.

²⁶³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

²⁶⁴ MORAND, Charles-Albert. **Le droit neo moderne des politiques publiques**. Paris: LGDJ, 1999, p. 189 *apud* BUCCI, Maria Paula Dallari Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, 2019, p. 807.

²⁶⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, 2019, p. 816.

formas estatais e suas expressões jurídicas, a propulsão, a negociação e a indução, não se sucedem, mas coexistem, como camadas geológicas comprimidas e mescladas”²⁶⁶.

Para Moreira Neto, o termo políticas públicas expressa um fenômeno juspolítico híbrido, categorizado como um complexo normativo diferenciado, em que coparticipam duas naturezas: a de ato administrativo e a de ato legislativo²⁶⁷. De rigorosa linhagem constitucional, a política pública foi alçada categorialmente à instituição de Direito Público²⁶⁸.

Na realidade, da mesma forma que se modificou ao longo do tempo o conceito de democracia, deve-se formatar um novo conceito de políticas públicas:

“(…) do mesmo modo que se afirmou quanto ao paradigma democrático, o conceito contemporâneo de *políticas públicas* tampouco poderá ser o mesmo que prevaleceu ao longo da modernidade, impondo-se hoje uma nova expressão juspolítica própria da pós-modernidade, que privilegie os direitos fundamentais e contribua eficazmente para a sua plena realização.”²⁶⁹

Nesse sentido, o controle passa do exame tradicional de legalidade estrita, adstrito ao ato administrativo (imperativo e unilateral), que perpassa elemento por elemento, para abranger um complexo de atos que conforma um processo administrativo (participativo, plural) e suas várias facetas²⁷⁰. Assim, o exame do controle passa a se apoiar numa dimensão finalística inédita²⁷¹:

“Mas a mudança de paradigmas está em vias de superar em seus resultados a partir de uma nova categorização jurídica das *políticas públicas*, como um complexo de processos, que, partuindo da *formulação* de atividades coerentes finalisticamente vinculadas, passam pelo *planejamento*, *orçamentação* e chegam à *execução* dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado.”²⁷²

Daí a evolução do modo de agir da administração, do ato administrativo à política pública, entendida como um complexo processual:

“Assim, quanto às vias de avanço no campo do *Direito Administrativo*, deve-se considerar a progressiva ampliação da *racionalidade*, no percurso clássico iniciado com o estudo do *ato administrativo*, passando mais recentemente, pelo do *processo*

²⁶⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, 2019, p. 809.

²⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 32.

²⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 101.

²⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 89.

²⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 91.

²⁷¹ “Na dogmática clássica, a característica jurídica da *eficácia* dos atos do poder público não continha em si qualquer apreciação quanto ao *resultado* concreto da ação, mas, apenas, a de sua *aptidão* para produzi-lo em abstrato”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 171.)

²⁷² *Ibidem*, p. 91/92.

*administrativo, até alcançar, neste século, o desafio do que se caracteriza como o complexo processual político administrativo das políticas públicas.*²⁷³ (destaques no original)

Como abordagem se dá a partir do complexo de políticas públicas e sua dimensão finalística, sobressai o controle sobre o resultado da ação administrativa. Além da eficiência, deve ser destacada a efetividade, o que configura, conforme já ressaltado, uma evolução da técnica de controle:

“Também observável e de modo muito especial, nesse processo de definição jurídica do interesse público sobressai a introdução do resultado da ação administrativa como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da eficácia à eficiência, e desta, à efetividade.”²⁷⁴

A política pública, portanto, não é mais decorrência exclusiva do Poder Legislativo, nem este tem a proeminência sobre ela. A concepção de Estado Liberal, fundada na soberania da lei, e na ideia de sucessão de atos no tempo em que o Legislativo edita uma lei e o Executivo a cumpre, ficou pra trás.

O pensamento estanque de administração pública burocrática de que o legislativo legisla e o executivo cumpre, está superado. A contemporaneidade exige um novo meio de agir do estado, fundado num arranjo complexo e articulado de leis e atos normativos, receita pública e orçamento conjugado à execução concreta de atos para sua consecução, e esse meio de agir é por políticas públicas, que deve buscar uma atuação mais eficiente com a integração de todos os poderes e órgãos.

Como a concepção de legalidade estrita em que à Administração Pública incumbe a mera execução da lei perdeu força, prevalece o entendimento de que ela é mais um instrumento (importante, mas não o único²⁷⁵) para a consecução de fins e metas do Estado.

Sem desconsiderar o princípio da legalidade, mas conjugando-o com o princípio da eficiência, é preciso encontrar um caminho intermédio entre o modelo garantístico e o modelo efficientista de Estado, buscando uma “flexibilização responsável”, nos moldes já tratados:

“Em síntese, a questão central é a de passar de uma gestão da máquina pública, preocupada exclusivamente com o garantismo jurídico, para uma gestão administrativa que atenda às necessidades de conformação do modelo legal, mas que

²⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 102.

²⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 171.

²⁷⁵ “A política pública, como se sabe, não se reduz às disposições da Constituição ou da legislação que lhe proveem o suporte e a conformação jurídica. Embora, por outro lado, não dispense, em absoluto, essa dimensão, uma vez que toda política pública se assenta sobre elementos jurídicos.” Cf. BUCCI, Maria Paula. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, 2019, p. 801.

ainda tenha como norte uma atuação direcionada ao atendimento das necessidades sociais, ou seja, que tenha a eficiência como princípio. Exatamente porque os princípios constitucionais bem convivem em antagonismos complexos que a eficiência não pode ser tomada isoladamente; da mesma forma, não há que considerar apenas os valores garantísticos, tornando o Estado uma ineficiente e inútil máquina segura.”²⁷⁶

Assim como a política pública é uma evolução em relação à ideia de lei em sentido estrito²⁷⁷, também a eficiência é uma evolução à ideia de legalidade, funcionando aquela como princípio legitimador da atuação administrativa para viabilizar a consolidação de objetivos fundamentais. Com efeito, o Estado não pode ser entendido como um carro cuja principal parte são os freios.

É o que se chama de *govern by policies* em oposição a *govern by laws*, o que traduz uma aproximação conceitual entre políticas públicas, o princípio da eficiência e o controle de resultados.

4.2 Existe uma política pública de consensualidade no Brasil?

Por mandamento constitucional, no Brasil está garantido o acesso à justiça (art. 5º, XXXV), e por lei, nos termos do art. 3º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, o Estado promoverá *sempre que possível* a solução consensual dos conflitos, devendo haver estímulo a conciliação, mediação e a outros métodos de solução consensual de conflitos por parte dos atores do processo, como juízes, advogados, promotores, procuradores e defensores.

Juntos, o Código de Processo Civil, a Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 (Marco Legal da Mediação), e a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, formam um sistema dos meios consensuais de resolução de conflitos, principalmente a mediação e a conciliação.

Destaque para a previsão do art. 174 do CPC de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarem câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, e para o art. 32 do marco legal da mediação, que de forma semelhante prevê a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública.

No passado, todavia, diversas outras legislações como a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei de Parceria Público-Privado), no seu art. 11, III, a Lei n.º 11.196, de 21

²⁷⁶ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 97.

²⁷⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

de novembro de 2005 (alterou o art. 23-A da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei de Concessões), já previam a utilização de mecanismos privados de solução de conflitos. Também o art. 1º, §1º, da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), com redação dada pela Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015, para extirpar qualquer dúvida sobre a utilização do instituto pela administração pública direta e indireta.

No âmbito da desapropriação, o Decreto-lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, em seu art. 10, com redação dada por um normativo de 1946, já previa a realização de “acordos” na fase administrativa. Recentemente, a Lei n.º 13.867, de 26 de agosto de 2019, alterou o referido decreto-lei, permitindo a utilização de arbitragem na desapropriação.

É conveniente ressaltar que o estudo pormenorizado do instituto da arbitragem não faz parte do escopo do presente trabalho, por se tratar de uma forma heterônoma de resolução de conflitos, quando a tônica adotada é privilegiar que a própria Administração Pública resolva seus conflitos, sem necessidade de terceiros.

Não se olvide alguns outros instrumentos ora mais recentes (colaboração premiada, acordo de leniência), ora mais maduros (termo de ajustamento de conduta e acordo de não persecução penal), que já admitem a consensualidade ou transação, inclusive em matéria penal ou ambiental.

Como ensina Pinto, a incorporação de um problema na agenda dos governos, ponto de partida para a elaboração de propostas de políticas públicas, passa por três etapas: a de acatamento, com chegada ao debate público e captura de atenção dos elaboradores da política, a de legitimação da decisão, quando se busca o apoio político dos atores envolvidos, e a de implementação, em que a política se operacionaliza em programas e projetos²⁷⁸.

De um modo geral, algumas teorias buscam explicar a tomada de decisão, dentre elas se destaca a teoria do ciclo das políticas públicas, dividida em cinco etapas:

“O processo de definição e implementação das políticas públicas envolve uma série de atividades e etapas distintas, dentre as quais podemos destacar (a) identificação dos problemas e demandas a serem atacados para a definição das prioridades a serem decididas junto aos formuladores de políticas públicas, (b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados, (c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e observância da burocracia existente, gasto de recursos e aprovação de leis, (d) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e impacto da política, para que se possa aferir se ela realmente funciona ou não; e (e) fiscalização e controle

²⁷⁸ PINTO, Isabela Cardoso de Matos. Mudanças das políticas públicas: a perspectiva do ciclo de política. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 12, n.1, p. 27-36, jan./jun. 2008, p. 28.

da execução da política por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.”²⁷⁹

A consensualidade, portanto, segundo a ótica do legislador brasileiro, é um tema relevante, que mereceu entrar no debate político e saiu vitorioso, como se infere do rol de leis antes apontado que tratam da matéria.

Nesse sentido, se os atores políticos já reconhecem a importância da política pública de consensualidade (*politics*) e a consideram legítima e relevante, e se já existe um sistema jurídico para dar sustentação a tanto (*polity*), a pergunta central parece ser como dar azo à implementação (*policy*). Mais especificamente, deve-se pensar em quais incentivos podem ser dados aos agentes públicos ou privados envolvidos nos litígios para que enveredem pelo caminho da consensualidade, e por outro lado, como identificar e combater/minorar os desincentivos:

“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.”²⁸⁰

Como já ressaltado, muito se discute sobre a necessidade de uma “mudança de mentalidade” e a superação da “cultura da sentença”, mas é pouco provável que isso venha a ocorrer por si só, desacompanhado de um gatilho externo. Em razão disso, parece ser relevante pensar como se pode incentivar os envolvidos a buscarem a consensualidade.

Um desses incentivos pode ser a criação e instalação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública, conforme previsão do art. 32, da Lei n.º 13.140/2015, as quais têm aptidão para promover a solução consensual de controvérsias.

E quando se trata de políticas públicas de consensualidade, deve-se entender a necessidade de planejamento, e esforço direcionado a um objetivo, de forma macro e não micro, uma verdadeira atuação institucional de todo o poder público, e dos membros da advocacia pública em particular. Que ela não seja restrita a um pequeno grupo de servidores, ou ainda de um indivíduo isolado.

²⁷⁹ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio, BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.) **O direito e as políticas públicas no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2013, p. 25/26.

²⁸⁰ VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marclio. Políticas pública consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. In: **R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018, p. 161.

Acemoglu e Robinson ressaltam a importância das instituições, e destacam seu papel na criação de incentivos no desenvolvimento de uma nação²⁸¹:

“Cada sociedade funciona com um conjunto de regras econômicas e políticas criadas e aplicadas pelo estado e pelos cidadãos coletivamente. As instituições econômicas moldam os incentivos econômicos: os incentivos para se tornar educado, para economizar e investir, para inovar e adotar novas tecnologias, e assim por diante. É o processo político que determina as instituições econômicas sob as quais as pessoas vivem, e são as instituições políticas que determinam como esse processo funciona. (...) *À medida que as instituições influenciam o comportamento e os incentivos na vida real, elas forjam o sucesso ou o fracasso das nações*”.²⁸² (ênfase acrescida.)

Para os autores, instituições políticas “inclusivas”²⁸³ tendem a apoiar instituições econômicas “inclusivas”. Isso leva a uma distribuição de renda mais igualitária, capacitando um amplo segmento da sociedade e tornando o campo de atuação político ainda mais nivelado, levando ao desenvolvimento econômico e induzindo uma alocação mais eficiente de recursos²⁸⁴.

Nesse sentido, instituições econômicas inclusivas devem assegurar os direitos de propriedade e proporcionar oportunidades econômicas não apenas para a elite, mas para uma ampla seção transversal da sociedade²⁸⁵.

O Estado, portanto, não pode se apoderar indevidamente da propriedade do cidadão sem indenizar, sob pena de se tornar uma instituição “extrativa”²⁸⁶, e não inclusiva. Se uma sociedade empresária, por exemplo, tem seu único estabelecimento comercial desapropriado, precisa receber a justa indenização para ter condições de retomar a atividade econômica

²⁸¹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty**. New York: Crown, 2012, 544, p. 42/43. Livre tradução do original, onde se lê: “Each society functions with a set of economic and political rules created and enforced by the state and the citizens collectively. Economic institutions shape economic incentives: the incentives to become educated, to save and invest, to innovate and adopt new technologies, and so on. It is the political process that determines what economic institutions people live under, and it is the political institutions that determine how this process works. (...) As institutions influence behavior and incentives in real life, they forge the success or failure of nations.”

²⁸² ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Op. Cit.** p. 42/43.

²⁸³ Parece haver conexão do conceito de instituições inclusivas com o conceito de democracia material antes explanado. Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Op. Cit.**, p. 81: “Iremos nos referir a instituições políticas que são suficientemente centralizadas e pluralistas como instituições políticas inclusivas. Quando qualquer uma dessas condições falhar, nos referiremos às instituições como instituições políticas extrativistas.” Livre tradução do original, onde se lê: “We will refer to political institutions that are sufficiently centralized and pluralistic as inclusive political institutions. When either of these conditions fails, we will refer to the institutions as extractive political institutions.”

²⁸⁴ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Op. Cit.** *passim*.

²⁸⁵ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Op. Cit.**, p. 75.

²⁸⁶ “As nações falham hoje porque suas instituições econômicas extrativistas não criam os incentivos necessários para que as pessoas economizem, invistam e inovem”. Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty**. New York: Crown, 2012, 544, p. 372. Livre tradução do original, onde se lê: NATIONS FAIL TODAY because their extractive economic institutions do not create the incentives needed for people to save, invest, and innovate.”. (destaque no original)

interrompida, sob pena de o Estado inviabilizar a continuidade da empresa, figurando como um desincentivo à produção, em prejuízo à maximização da riqueza da sociedade.

Desse modo, quando isso for a “coisa certa a se fazer”²⁸⁷, a advocacia pública não pode dar guarida jurídica a uma instituição que desapropriar bem particular sem pagar a justa indenização, por ser contrário ao interesse público e às suas indeclináveis competências constitucionais.

Conforme afirma Moreira Neto:

“Esse é, pois, o *diferencial*, em relação às demais modalidades constitucionais de controle, pois a esse específico ramo caberá *normalmente* atuar, preventiva ou concomitantemente com as funções de governança, de modo a ter *condições de evitar que se produzam ou se mantenham atos inquinados de injuridicidade*, impedindo possíveis e, tantas vezes, gravosas consequências adversas para o interesse público, que delas venham a decorrer, tais como, apenas exemplificando, as paralisações, os danos injustos e terceiros, a corrupção, os favorecimentos e tantos outros vícios”²⁸⁸ (destaques nos original.)

Nessa mesma linha, destaca Guedes, ressaltando a necessidade de as carreiras jurídicas de Estado protagonizarem iniciativas que privilegiem formas consensuais de prevenção e solução de conflitos:

“As carreiras jurídicas de Estado [Defensoria Pública, Ministério Público e Magistratura] têm, ao lado da Advocacia, que atua na representação dos litigantes privados, cada uma de sua parte ou em conjunto, o dever de protagonizar iniciativas que privilegiem formas consensuais de prevenção e solução de conflitos, seja entre particulares ou naqueles que tenham o envolvimento direto da Administração e seus entes.”²⁸⁹

A advocacia pública deve assumir com altivez a responsabilidade no cumprimento da missão constitucional que lhe foi confiada, auxiliando o Poder Executivo a se tornar uma instituição inclusiva. No limite, o Estado brasileiro não pode ser uma barreira ou um inibidor da atividade econômica, reduzindo o valor da produção e minimizando a riqueza. É nesse sentido macro, portanto, que se deve compreender a consensualidade como política pública.

²⁸⁷ Cf. SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa* / Michael J. Sandel; [tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. – 23ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

²⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 389.

²⁸⁹ GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 269.

4.3 Positização da fase administrativa como incremento em termos de consensualidade no instituto da desapropriação

Segundo Marcelo Neves, a sociedade moderna distingue-se por sua alta complexidade, o que estimula a pressão seletiva e a diferenciação sistêmica²⁹⁰. Logo, segundo o autor, a diferenciação sistêmico-funcional é concebida como característica distintiva da sociedade moderna.

Com a complexidade, diferentes expectativas crescem e se transformam no seio da sociedade civil, com superposição de diferentes e até contraditórias reivindicações. Isso tem impacto no procedimento legiferante, que, numa espécie de filtragem, destaca dentre a multiplicidade de expectativas normativas *a priori* incongruentes, as expectativas normativas de comportamento congruente generalizadas, que vão formar o que se chama de direito²⁹¹ válido²⁹².

A partir daí, exsurge o conceito de positividade, entendida como “seletividade intensificada do direito, o que pressupõe uma diferenciação estrutural e a especialização funcional do sistema jurídico”²⁹³. Quando não há diferenciação, não se considera toda a complexidade da sociedade, daí porque existe uma aproximação conceitual entre positividade e diferenciação.

De acordo com a teoria luhmaniana, positividade é sobretudo a autodeterminação do direito, “o que significa que a manutenção/alteração do sistema jurídico não resulta diretamente das determinações do ambiente, mas de seus próprios critérios, operações e elementos”²⁹⁴.

A autodeterminação do direito significa, ademais, a exclusão de qualquer supradeterminação imediata do direito por outros sistemas sociais: política, economia, ciência, etc., o qual deve operar conforme seu próprio código²⁹⁵. Isso dá azo à caracterização de um sistema autorreferente ou autopoietico.

²⁹⁰ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro** / Marcelo Neves; tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. – São Paul: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 14.

²⁹¹ Direito, segundo Luhman, citado por Marcelo Neves, é “a estrutura de um sistema social baseada na generalização congruente de expectativas normativas”. Cf. NEVES, Marcelo. **Op. Cit.**, p 25.

²⁹² *Ibidem*, p. 32.

²⁹³ *Ibidem*, p. 33.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 41.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 67.

Nesse sentido, importante trazer à baila outro conceito, o de reflexividade ou autorreferência, mecanismo pelo qual se impede que o sistema jurídico seja heterodeterminado por outros sistemas sociais, sobretudo pela política²⁹⁶, conforme explica o autor:

“A reflexividade diz respeito, por exemplo, ao ensino do direito, à normatização da normatização, ao poder sobre o poder e à decisão sobre a tomada de decisão, mecanismos a que subjaz a diferença entre o antes e o depois. (...) como mecanismo no interior de um sistema autopoietico [a reflexividade] implica que o processo referente e o processo referido sejam estruturados pelo mesmo código binário e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeira reapareçam em parte no segundo.”²⁹⁷

Esse conceito de reflexividade se afigura particularmente relevante, na medida em que a fase administrativa da desapropriação no Brasil não conta com regulamentação nacional, ou seja não é positivada, logo não apresenta diferenciação. E se assim o é, o direito se torna mais suscetível de ser capturado por outros sistemas, como o sistema político, quando ocorre a “politização da administração”, que apresenta consequências negativas²⁹⁸.

À medida que cresce o papel da Administração Pública na implementação de políticas públicas, mais ela tende a se politizar²⁹⁹. Moreira Neto, todavia, alerta que cabe ao Estado se concentrar no campo das decisões políticas, mas deve despolitizar o campo das decisões administrativas:

“(...) caberá ao Estado se concentrar no campo das decisões políticas, que devam ser tratadas pelos métodos decisoriais que lhe são próprios, *despolitizando*, em consequência, todas as decisões *administrativas* a seu cargo que possam se eficientemente tomadas com métodos decisoriais voltados ao manejo de predominantemente subsídios técnicos (...)”³⁰⁰ (destaques no original)

De estatura constitucional e legal, além de instituto jurídico, a desapropriação é e continuará a ser um instituto político, sendo elemento dela indissociável. Contudo, é preciso encontrar maneiras que impedir ou reduzir a chance de captura do sistema jurídico pelo político, fazendo valer a autodeterminação do primeiro, mas sem fechá-lo.

²⁹⁶ Ibidem, p. 90.

²⁹⁷ Ibidem, p. 279/280.

²⁹⁸ Ibidem, p. 258.

²⁹⁹ “De fato, a Administração politiza-se crescentemente ao assumir, com maior flexibilidade decisória, seu papel na implementação de políticas públicas, ao mesmo tempo em que se vê confrontada com a necessidade de participação dos cidadãos no próprio procedimento de tomadas de decisões administrativas, envolvendo-se, assim, em um complexo processo de concertação”. Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 192.

³⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito público**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 192.

Assim, como não é possível retirar totalmente a influência política, é preciso preservá-la da influência excessiva do código não jurídico. Uma forma de impedir, reduzir ou minorar os efeitos dessa politização é justamente por meio da positivação no sistema jurídico do regramento da fase administrativa da desapropriação, meio pelo qual é possível equilibrar a relação de forças entre o político e o jurídico, sem que este se feche para aquele.

Sendo a influência da política sobre o direito intermediada pelas normas jurídicas, um sistema (como o direito) pode ser considerado normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Logo, o sistema é capaz de assimilar os fatores do ambiente de acordo com seus próprios critérios, mas não ser influenciado diretamente por esses fatores³⁰¹.

Nesta toada, parece haver conexão entre a reflexividade exposta por Neves com pelo menos uma das três modalidades de Estado, decorrentes de uma sociedade hipercomplexa³⁰², a compor o acervo do direito das políticas públicas. Trata-se do Estado-reflexivo, que cria estruturas interiores reflexivas no sistema que pretende orientar, conforme pensamento de Morand, exposto por Bucci:

“Para enfrentar o problema essencial da conciliação entre autonomia e direção (...), Morand (1999, p. 132) observa, na linha da autopoiese, que ao invés de intervir do exterior impondo autoritariamente suas soluções, o Estado, por meio de programas relacionais, busca criar estruturas interiores reflexivas ao sistema que ele quer orientar. os meios de ação passam a envolver a contratualização, tanto na formação, como na implementação e na aplicação do direito.”³⁰³

À vista do exposto, um caminho viável para um ganho em termos de consensualidade do instituto da desapropriação parece ser a positivação no sistema jurídico do regramento de sua fase administrativa, via procedimentalização, permitindo um maior equilíbrio na relação de forças entre o político e o jurídico.

Batista Jr. explica o que é procedimentalização, considerada adequada num contexto de sociedade hipercomplexa:

“O procedimento é o mecanismo adequado para que se possa alargar a capacidade de decisão do sistema administrativo de uma sociedade pluralista “hipercomplexa”; trata-se de condição necessária, porém não suficiente, para que se possa obter uma decisão justa e eficiente. O procedimento é instrumento fundamental para a racionalidade das

³⁰¹ NEVES, Marcelo. **Op. Cit.**, p 47/48.

³⁰² “A partir dessa, desdobra-a em três modalidades de Estado, propulsivo, reflexivo e indutor, às quais correspondem, respectivamente, os programas finalísticos, as negociações e as formas de indução. (...) As formas jurídicas associadas ao Estado indutor, ao Estado-reflexivo e ao Estado-propulsivo comporiam o acervo do direito das políticas públicas. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, 2019, p. 807/808.

³⁰³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, 2019, p. 808.

decisões e para a eficiência administrativa, uma vez que permite a elaboração de rotinas essenciais em uma organização, bem como a criação de mecanismos de coordenação, facilitando o suprimento do déficit de informações da máquina burocrática e possibilitando melhor tratamento das informações, com a consequente melhor qualidade das decisões.”³⁰⁴

Nesse sentido, a procedimentalização prestigia a cooperação com o particular na tomada de melhores decisões, fomenta a uniformização jurídica na seara administrativa, e alavanca a função ordenadora da Administração Pública ao favorecer a preparação da decisão pelo cotejo entre diferentes alternativas, promovendo um saudável equilíbrio entre os poderes administrativos e a flexibilidade necessária para a persecução do bem comum³⁰⁵.

Segundo Medauar, “o processo administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX, e início do século XXI e a demanda de democracia na atuação administrativa”³⁰⁶.

De forma concreta, a positivação da fase administrativa deve prever a formação de um contraditório sumário³⁰⁷, a fim de reduzir o grau de discussão judicial sobre o preço, com prazo estabelecido para o particular apontar, de maneira fundamentada, as razões pelas quais discorda do valor ofertado pela Administração.

Semelhantemente, o laudo de avaliação emitido por um profissional capacitado (geralmente um engenheiro ou arquiteto) deve poder sofrer alterações, caso sejam realmente pertinentes as informações apresentadas pelo desapropriado quanto aos critérios utilizados para a composição do justo preço.

Enfim, a questão dos incentivos indicada no capítulo antecedente vem ao encontro do aqui exposto: eles devem ser positivados como uma forma de trazer segurança jurídica aos envolvidos, quando, por exemplo, além do contraditório sumário, prevejam que o advogado público que atua na seara administrativa só será responsabilizado em caso de dolo ou fraude, prevejam com clareza como será elaborado o laudo de avaliação (órgão competente, número de membros, se são servidores comissionados ou não, ou empresa terceirizada), estabeleçam uma margem de valor (a estimular a negociação), e não uma quantia fixa, bem como autorizem

³⁰⁴ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 192.

³⁰⁵ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 192/193.

³⁰⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 162.

³⁰⁷ Essa proposta, inclusive, dirigida ao Inbra, foi aventada pelo Ministério Público Federal, por ocasião do VII Encontro da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Patrimônio Público e Social, realizado em setembro de 2005. Desse encontro resultou o Manual de Procedimentos, Sugestões e Conclusões. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/encontros/docs_vii_encontro/livro2.pdf>. Acesso em 4 de nov. 2020.

expressamente a revisão fundamentada da indenização antes fixada, à vista das informações apresentadas pelo desapropriado.

Quanto a este último ponto, guardadas as proporções, parece haver semelhança com o contencioso administrativo fiscal, em que é lavrado um auto de infração, o qual tem sua exigibilidade suspensa pela impugnação do sujeito passivo (art. 151, III, do Código Tributário Nacional), sendo que a decisão dessa impugnação ainda pode ser objeto de recurso, somente após o que se considera definitivamente constituído o crédito tributário. Nesse sentido, poderia ser implementado um contencioso administrativo³⁰⁸ do justo preço nas indenizações administrativas.

Por fim, a procedimentalização tem a virtude ainda de funcionar como “controle desde dentro”, promovendo soluções pré-contenciosas:

“No Estado Democrático de Direito (pluralista), contata-se certo desapontamento com a operatividade prática que as soluções jurisdicionais oferecem, razão pela qual se reforça a necessidade de buscar soluções pré-contenciosas, sobretudo consensuais. Requer-se, assim, a necessária transferência dos conflitos para o momento em que estes precisamente se manifestam, isto é, no decurso procedimental. Para tanto, mecanismo é essencial a abertura da possibilidade de participação dos administrados no íter decisório, o que, antes de qualquer coisa, requer transparência da Administração que, sobretudo, deve facultar o acesso dos cidadãos às informações obtidas no seio da máquina administrativa. O procedimento, assim, acaba por se apresentar como uma das soluções para a própria crise da justiça. Trata-se de um controle “desde dentro”, isto é, incidente sobre a própria intimidade da Administração, ao longo da formação de sua vontade, portanto diferente do controle operado “por fora” pelo Judiciário, geralmente só utilizado *ex post facto*”.³⁰⁹

E para o exercício do controle interno e prevenção de juridicidade, o papel da advocacia pública é decisivo:

“Assim é que, notadamente por essa relevante razão – a da eficiência da função de *Governança Pública* – é que o específico controle de juridicidade exercido pela *Advocacia Pública de Estado* deverá atuar imbricada e articuladamente com o sistema de *Governança Pública*, para o adequado desempenho das definidas funções constitucionais de *apoio jurídico* e *controle de juridicidade*, que lhe competem.”³¹⁰ (destaques no original)

³⁰⁸ Posição idêntica é defendida por Luciano Ferraz: “O que se quer significar é que modernamente, na perspectiva de uma administração pública que valoriza o diálogo, o procedimento e as relações jurídicas subjacentes, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (aplicáveis à etapa administrativa da desapropriação) preparam o terreno para uma *exegese procedimental* do artigo 10 do Decreto-lei 3.365/41, em ordem a estabelecer, previamente à ação judicial de desapropriação, um ‘contencioso administrativo do justo preço’. Cf. FERRAZ, Luciano. Por um contencioso administrativo do justo preço nas desapropriações. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/interesse-publico-contencioso-administrativo-do-justo-preco-desapropriacoes>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁰⁹ BATISTA JR., Onofre Alves. **Op. Cit.**, p. 190/191.

³¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 389.

De fato, ao favorecer a transparência e a participação do desapropriado na definição do preço da justa indenização, há um aprimoramento na tomada de decisão administrativa. Eventual correção de rumos, num controle realizado concomitantemente ou pelo menos em momento contemporâneo ao acontecimento dos fatos, tem muito mais efetividade, e pode ser benéfico para a Administração Pública, evitando anos ou décadas de tramitação de uma ação judicial que pode resultar numa indenização milionária.

4.4 A Criação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA) no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás – PGE/GO, e a instituição de medidas para redução de litigiosidade – Uma análise preliminar

Em 24 de julho de 2018 foi sancionada a Lei Complementar goiana n.º 144. Com fundamento no art. 32 no Marco Legal de Mediação (Lei Federal n. 13.140/2015, de caráter nacional), que insta União, Estados, Distrito Federal e Municípios a criarem câmaras de prevenção e resolução administrativas de conflitos, a lei goiana conta com 36 (trinta e seis) artigos e é estruturada em 5 (cinco) capítulos.

Assim, descendo a lei a algumas minúcias³¹¹, e abrangendo controvérsias jurídicas sobre tributos estaduais e créditos inscritos em dívida ativa tributária ou não tributária³¹², entre outras medidas (i) foi criada a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA), no âmbito da PGE, com competência para dirimir conflitos envolvendo a Administração Estadual, (ii) existe previsão de a PGE instaurar mediação coletiva para conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, (iii) existe previsão de resolução para disciplinar a solução de litígios de caráter repetitivo, e (iv) instituiu o chamado Incidente de Uniformização de Entendimento Administrativo.

Observação importante é que a lei goiana vai além do art. 32 do Marco Legal da Mediação, e inclui a competência para realização de arbitragem. Também digno de nota é o art. 17, que impõe ao procurador do Estado o *dever* de exaurir os meios de solução consensual dos conflitos antes de propor demandas judiciais, notificando previamente a parte contrária.

Sem dúvidas, a lei foi um marco na Administração Pública regional, e há indicativos de que trará bons frutos. Todavia, sem a pretensão de esgotar a matéria, serão destacados apenas

³¹¹ Sem deixar a regulamentação para atos *infralegais*, a lei, por exemplo, estabelece o procedimento de escolha de conciliador, mediador ou árbitro, que é cruzada (art. 14, §1º), de modo que advogados privados, desde que preenchidos certos requisitos ali mesmo previstos, possam ser conciliadores, mediadores e árbitros na CCMA.

³¹² Conforme previsão do art. 22. Todavia, essa previsão parece ter sido esvaziada por emenda parlamentar durante a tramitação do processo legislativo, que incluiu o art. 37 (“Esta Lei não se aplica a créditos de natureza tributária”). Corroborando essa argumentação, meses após a sanção da Lei, o Governador propôs a revogação do art. 22, por “incompatibilidade” dos dispositivos, nos termos da Proposição 2018003657.

alguns dispositivos da nova legislação, que, por guardarem relação mais próxima com temática aqui exposta, carecem de maior atenção.

A abordagem aqui realizada, como já se disse, é no sentido de permitir que seja logo deduzido perante a Administração um pedido, sem a necessidade de ação judicial, especialmente quando inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado.

Nesse sentido, chama a atenção o art. 31 da lei goiana, cuja redação é a seguinte:

Art. 31. Com a finalidade de estimular soluções administrativas em demandas de caráter previdenciário, *quando presente controvérsia em matéria de fato*, poderão as partes firmar acordo para a reabertura do respectivo processo administrativo com o objetivo de realizar, por servidor da entidade previdenciária em conjunto com a Procuradoria-Geral do Estado, *procedimento de justificação administrativa, pesquisa externa, inspeção e/ou vistoria técnica*, com a possibilidade de revisão da decisão original. (ênfase acrescida)

Ou seja, nas demandas de caráter previdenciário, quando presente controvérsia em matéria de fato, desde que realizada simples instrução, poderão as partes promover a reabertura do respectivo processo administrativo com a possibilidade de revisão da decisão originária.

Neste caso, a lei parece atender em parte ao que foi exposto neste trabalho, permitindo a solução administrativa de conflitos até mesmo quando houver controvérsia sobre matéria de fato, desde que possível a solução por via relativamente simples, como é uma justificação administrativa, pesquisa externa, inspeção e/ou vistoria, já bem utilizada no âmbito federal (art. 108³¹³ da Lei Federal n. 8.213, de 24 de julho de 1991) e conduzida por servidor que não necessariamente tem formação jurídica em nível superior.

É preciso pontuar, todavia, que não existe previsão expressa para a solução de conflitos em que *inexistam* controvérsia quanto à matéria de fato. Assim, nos parece contraditório, e de resto incompatível com a *mens legis*, que um conflito em que exista controvérsia de fato possa ser apreciado e decidido pela CCMA e outro em que ela *inexistam* não possa.

Nesse passo, sobressai o art. 29 da lei goiana, que permite que os procuradores do Estado, nas *demandas* em que atuem, possam firmar acordos desde que a pretensão econômica não ultrapasse³¹⁴ o valor de 500 (quinhentos) salários mínimos. Vide a íntegra do artigo:

³¹³ Art. 108. Mediante justificação processada perante a Previdência Social, observado o disposto no § 3º do art. 55 e na forma estabelecida no Regulamento, poderá ser suprida a falta de documento ou provado ato do interesse de beneficiário ou empresa, salvo no que se refere a registro público.

³¹⁴ Superado esse valor, outras condições são impostas, como o aval do Procurador-Geral do Estado e do chefe do Poder Executivo estadual, a depender da alçada.

Art. 29. Os Procuradores do Estado, nas *demandas* em que atuem, poderão firmar acordos, desde que a pretensão econômica *não ultrapasse o valor de 500 (quinhentos) salários mínimos*. [ênfase acrescida]

§ 1º Nos casos em que a pretensão econômica ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos, o acordo dependerá de autorização formal do Procurador-Geral do Estado, a ser solicitada mediante encaminhamento do Procurador do Estado oficiante no feito.

§ 2º Nos casos em que a pretensão econômica ultrapasse 5.000 (cinco mil) salários mínimos, o acordo dependerá de autorização formal do Governador do Estado, a ser solicitada pelo Procurador-Geral do Estado, mediante encaminhamento prévio promovido pelo Procurador do Estado que atua no caso.

§ 3º A realização do acordo previsto no caput deste artigo é atribuição exclusiva de Procurador do Estado, só podendo dar ensejo à aplicação de penalidades em caso de flagrante dolo ou fraude do agente que realizar acordo indevido, não sendo cabível a sua responsabilização por mera culpa.

§ 4º O acordo previsto no caput deste artigo não se confunde com o procedimento de transação de que trata a Lei estadual nº 16.675, de 28 de julho de 2009.

Com fundamento neste artigo, afigura-nos que, nos casos em que inexistir controvérsia de fato, e também naqueles em que ela exista, porém seja de simples instrução ou prova, não há óbices para que os pedidos sejam resolvidos administrativamente, *desde que não extrapolem o valor de alçada*.

A um porque “demanda” é conceito lógico-jurídico³¹⁵, extraído da Teoria Geral do Processo, e não conceito jurídico-positivo, restrito a um determinado ordenamento jurídico. Assim, quando a lei emprega esse termo³¹⁶, pode se referir tanto a demanda judicial quanto a demanda administrativa. A dois, porque está inserida no Capítulo V - DAS MEDIDAS PARA REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE, e esse fenômeno não é restrito às demandas judiciais, como a própria lei o reconhece. A três, porque o pedido administrativo não difere ontologicamente do pedido judicial, e encontra amparo na Lei de Processo Administrativo goiana (Lei n.º. 13.800, de 18 de janeiro de 2001), aplicável subsidiariamente (art. 68).

Inclusive, essa lei, como muitas outras leis de processo administrativo de diversos entes federativos, prevê a instrução do feito (art. 29), e mais uma vez nos parece contraditório que um pedido que careça de instrução possa ser deduzido, e um que não careça de instrução não o possa. É a aplicação da lógica de quem pode o mais pode o menos.

³¹⁵ DIDIER Jr. Fredie. **Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2018, p. 58.

³¹⁶ Interessante destacar que na justificativa do projeto de lei encaminhada pelo Governador à Assembleia Legislativa, conforme consta na Proposição 2018002099, o valor de 500 salários mínimos era voltado para acordos em demandas judiciais. Ou seja, o artigo proposto é o mesmo da lei sancionada, não sofreu alterações, mas tal indicação consta da justificativa. No original: “Relativamente às medidas para a redução da litigiosidade, o projeto prevê ainda alçada no valor de até 500 (quinhentos salários) salários para que os Procuradores do Estado, *em demandas judiciais*, possam propor acordos, dependendo do autorizo do Procurador-Geral do Estado acima daquele teto” [ênfase acrescida]. A proposta, todavia, foi aprovada no seu original, tal qual enviada, sem indicar expressamente que sua utilização seria restrita a demandas judiciais.

Necessário pontuar ainda que os conceitos de conciliação e mediação³¹⁷, sejam eles cunhados pelo Marco Legal de Mediação, pelo Código de Processo Civil, ou pela Lei Complementar goiana n.º 144/2018, não se opõem ao acolhimento do pedido no âmbito administrativo, pois a solução consensual pode ser justamente essa.

Ademais, como a certeza do fato por si só (seja por ausência de controvérsia ou por instrução simples) não assegura a prevalência da tese, nem a acolhimento do pedido, essa situação de *incerteza* quanto ao pedido administrativo pode evoluir para um processo de negociação, via conciliação ou mediação, com a finalidade de obter ganhos mútuos (celeridade *versus* redução equitativa do proveito obtido).

Isso porque o pedido de conciliação ou mediação realizado junto à CCMA não nos parece mais que um processo administrativo de rito especial, regido pela nova legislação citada, mas com aplicação subsidiária da Lei de Processo Administrativo goiana.

Dessa forma, entendendo pela aplicação do art. 29 e do art. 31 da Lei Complementar n.º 144/2018, combinado com a respectiva Lei de Processo Administrativo goiana, *desde que respeitado o valor de alçada*, um pedido no âmbito da Administração Pública lastreado em fatos que se mostrem incontroversos, ou mesmo aquele que verse sobre matéria que não tenha caráter previdenciário, também podem ser deduzidos junto à CCMA, por se encontrar no rol de suas competências (art. 6º, I, e IV³¹⁸).

É dizer, na esteira do art. 3º, §2º, CPC (“O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”) nada impede e tudo recomenda que também os conflitos de fatos incontroversos ou facilmente demonstrados, ainda que não tenham caráter previdenciário, sejam submetidos à solução administrativa, *de forma a ampliar o rol do art. 32, por interpretação extensiva*, e a base legal é o art. 29 e a Lei de Processo Administrativo goiana, aplicada subsidiariamente.

³¹⁷ Francisco José Cahali enxerga uma “zona cinzenta” entre elas. Cf. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2014, p. 45. Porém, Luciane Moessa de Souza entende que “de certa maneira a distinção é artificial”. Cf. SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos e Administração Pública*. In DURVAL, Hale. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 215.

³¹⁸ Art. 6º A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA) tem competência para:

I – atuar em conflitos que versem sobre direitos disponíveis e sobre direitos indisponíveis que admitam transação, haja ou não pretensão econômica, envolvendo pessoas jurídicas de direito público e/ou de direito privado integrantes da Administração Pública estadual, nos termos do art. 3º, caput, da Lei federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015;

[...]

IV – dirimir conflitos envolvendo os órgãos e as entidades da Administração Pública do Estado de Goiás;

[...]

Isso abre caminho para a estruturação de *câmaras especializadas*³¹⁹ no âmbito da CCMA, com competências, por exemplo, para apreciar pedidos administrativos de indenização, fundados em responsabilidade civil do Estado, na forma do art. 37, §6º, CF, um tema recorrente na advocacia pública.

O caminho da consensualidade não é fácil, mas precisamos voltar nossos esforços para reorientar o pensamento jurídico sobre a matéria. A Lei Complementar goiana n.º 144/2018 apresenta inegável avanço, mas estamos com Daniela Monteiro Gabbay, quando adverte: “nenhuma mudança legislativa ou institucional em favor da mediação será possível se não estiver acompanhada de mudanças culturais, de comportamento e de mentalidade.” Por isso, é essencial a preparação dos envolvidos, partes, advogados (públicos e privados) para a autocomposição³²⁰.

³¹⁹ Cite-se o exemplo da Central de Conciliação do Município de Porto Alegre/RS. Criada pela Lei Municipal n. 12.003/2016, e vinculada à Procuradoria Geral, a Central é composta por 3 (três) câmaras: (i) Câmara de Indenizações Administrativas, regulamentada pelo Decreto n. 19.437/2016, (ii) Câmara de Mediação e Conciliação, regulamentada pelo Decreto n. 19.519/2016, e (iii) Câmara de Conciliação de Precatórios, regulamentada pelo Decreto n. 19.506/2016.

³²⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização de solução de conflitos**. 01/04/2011, 274p. Tese. Universidade de São Paulo, p. 243.

5 ANÁLISE QUANTITATIVA DAS AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO NO ESTADO DE GOIÁS

5.1 Abordagem jurimétrica

O presente estudo, nos capítulos anteriores, visou fornecer subsídios dogmáticos para que a Administração Pública adote uma postura mais consensual, buscando solucionar seus litígios sem a necessidade do Poder Judiciário.

Contudo, numa abordagem jurimétrica, com base em metodologia empírica, a partir da utilização de estatística descritiva, busca-se ir além, fazendo a mensuração de fatos jurídicos com base em análise quantitativa, investigando a realidade sobre a desapropriação no Estado de Goiás para propor soluções.

Segundo Marcelo Nunes, jurimetria pode ser definida como “a disciplina do conhecimento que utiliza a metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica”³²¹.

Em razão da complexidade de certos processos, característica da atualidade, a ciência precisou se reinventar, com isso o raciocínio estatístico vem ganhando cada vez mais espaço, a partir do que se denomina Revolução Estatística:

“O século 20 assistiu a uma drástica modificação na relação com o conhecimento. O modelo clássico de ciência germinado na antiguidade grega, que repudia a incerteza e admite apenas um saber associado à verdade absoluta, foi gradualmente substituído por um modelo estocástico, que aceita a variabilidade e a incerteza. Em diversos ramos da ciência, inclusive nos mais tradicionais (como a física e a química), conhecer não mais significa ter controle sobre todas as causas de produção de um fato e sobre o seu comportamento futuro. O objeto do pesquisador deixou de ser a descoberta de leis naturais invariáveis e de cogência universal, capazes de predeterminar com qualquer grau de precisão os resultados dos experimentos. Na atualidade, o pesquisador tem consciência de que a complexidade de certos processos inviabiliza a redução de suas causas a um modelo determinístico. A ciência abandonou sua pretensão de ser exaustiva na investigação das causas e precisa nas previsões do futuro, para admitir um conhecimento incompleto, que busca apenas errar menos. Dentro dessa nova e mais modesta abordagem, componentes tradicionais do pensamento científico ganham novas feições. Ao invés de leis naturais, temos modelos probabilísticos. Ao invés de relações causais determinísticas, temos índices de correlação e regressão. E ao invés de resultados certos, temos frequências de distribuição de possíveis resultados. Tais mudanças levaram os historiadores a cunhar a expressão ‘Revolução Estatística’ para descrever essa guinada de trajetória descrita pelo conhecimento humano”³²²

³²¹ NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 111.

³²² NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21.

Assim, se até mesmo “ciências duras” como a física e a química admitem trabalhar com certa margem de erro, os profissionais do direito também têm condições de colher bons frutos com novo tipo de abordagem sobre o fenômeno jurídico.

5.2 Metodologia

O pesquisador ingressou no programa de mestrado em 2019.1 como aluno regular, tendo sido aprovado com o projeto cujo título era: “SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EXPANSÃO DO USO DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO E O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA”.

Quando da conclusão da disciplina Seminários Integrados de Pesquisa em Articulação à Praxis Profissional – SIP-APP, o projeto foi reformulado, e recebeu nova denominação, quase idêntica à atual: “NEGOCIAÇÃO DE ACORDOS NA FASE ADMINISTRATIVA DA DESAPROPRIAÇÃO SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO”.

Diante disso, o objeto de estudo passou a ser os processos administrativos de desapropriação em trâmite na Procuradoria Geral do Estado de Goiás – PGE/GO, para se estudar sua fase administrativa, e compreender como é feita a avaliação dos bens desapropriados e se existe e como é feita a análise de risco.

Assim, foi oficiado em 22 de novembro de 2019 à Procuradoria de Patrimônio e Meio Ambiente - PPMA, órgão integrante da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, em documento assinado pelo discente, pela sua orientadora, com o aval do coordenador do programa, requerendo acesso a esses processos administrativos.

O ofício gerou o processo administrativo 201900003012892, e pelo DESPACHO Nº 5737/2019 - PPMA- 09783, prolatado pelo Procurador Chefe da PPMA, foi obtida uma lista em Excel com 1.245 processos administrativos de desapropriação que estão na base do Sistema Eletrônico de Informações – SEI da PGE/GO, os quais em sua maioria estão digitalizados.

Todavia, o acesso foi deferido apenas em parte, pois foi feita ressalva quanto aos chamados “autos paralelos”, cujo teor não foi disponibilizados ao pesquisador, consoante razões expostas no documento: “tendo em vista o sigilo das informações contidas nos referidos processos, sendo vedada, nos termos dos precedentes da Procuradoria-Geral do Estado, a sua circulação externa ao ambiente deste órgão de representação jurídica”.

Um servidor da PPMA, portanto, ficou encarregado, nos termos do referido despacho, de fazer uma triagem. Isto é, após consultar um a um todos os 1.245 processos, deveria permitir acesso apenas aos que não contivessem os “autos paralelos” digitalizados.

No dia 21 de fevereiro de 2020, o pesquisador compareceu pessoalmente à PPMA, que fica no prédio da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, para entender melhor o que eram aqueles “autos paralelos”, eventualmente descobrir alguma outra forma de ter acesso a eles, e receber cópia dos processos administrados já selecionados e que passaram pela triagem.

Pelo que se depreendeu das informações recebidas, os “autos paralelos” são uma espécie de processo administrativo que corre em apenso ao processo administrativo dito “principal”, apresentam caráter interno e sigiloso, dado que contêm informações sensíveis à PGE/GO e ao Estado de Goiás, na medida em que pode veicular confissão de dívida, reconhecimento de fato, etc, bem como discussão jurídica acerca da pertinência das alegações das partes, inclusive a chance de êxito. Seria algo como a redução a termo de uma conversa franca e aberta entre os membros da advocacia pública em si, em articulação com outros órgãos do Estado, e que talvez pudesse ser utilizado em desfavor do Estado, inclusive num processo judicial.

Assim, na referida data o pesquisador obteve acesso a 26 (vinte e seis) processos administrativos em formato .pdf, os quais foram armazenados em um *pendrive*. Sobre os outros processos administrativos a que o pesquisador teria acesso, ficou acertado que os arquivos em .pdf seriam disponibilizados via *Google Drive*, em *link* enviado ao email fornecido pelo pesquisador, à medida que o servidor encarregado fosse realizando a triagem.

Nessa primeira amostra de 26 (vinte e seis) processos, cuja análise teve caráter exploratório, verificou-se a ausência de informações relevantes para a questão de interesse: avaliação de risco nos processos administrativos.

Explica-se: não havia na amostra estudada qualquer informação sobre eventual ponderação de interesses da advocacia pública com relação ao valor da indenização, se era justa ou não, quais os critérios utilizados, ou eventual majoração para evitar a judicialização, numa análise de prós e contras, risco de judicialização e probabilidade de sucumbência. Suspeita-se, todavia, que essa ponderação existe, mas ocorra dentro dos “autos paralelos”.

Assim, apesar de se ter tido acesso a alguns processos administrativos, na prática a falta de acesso aos “autos paralelos” inviabilizava a pesquisa, porque as informações necessárias provavelmente estão em seu interior, a cujo teor não se teve acesso.

Pensou-se, inclusive, em solicitar esse acesso, em pedido a ser deduzido diretamente ao Procurador Geral do Estado, conforme informação recebida da Chefia da PPMA, mas se julgou que tal pedido não seria deferido, justamente por conter informações sensíveis ao Estado de

Goiás, e que poderiam, pelo menos em tese, ser utilizadas em seu desfavor, não obstante o dever de sigilo a que se comprometeria o pesquisador.

Diante da remota chance de acesso aos “autos paralelos”, portanto, a pesquisa foi reformulada, surgindo a ideia de analisar processos judiciais, ao invés de processos administrativos, dada a suposta menor dificuldade de acessos aos dados em relação aos primeiros. Pela facilidade de consulta, optou-se pelos processos judiciais *eletrônicos*, excluindo-se os processos judiciais físicos.

Com a reformulação, a partir de junho de 2020 a pesquisa passou a ter como objeto de interesse os processos eletrônicos *em trâmite* na Justiça Comum do Estado de Goiás, e como questões de interesse a frequência da sucumbência do Estado (administração direta) nas ações de desapropriação por utilidade pública, bem como sua expressividade.

Seriam estudados os processos eletrônicos em tramitação cuja matéria é desapropriação por utilidade pública, que tenha como parte o Estado de Goiás, e que *tenham sentença prolatada*, no período de 01/01/2010 a 11/06/2020.

Foi proposto, assim, um estudo observacional (sem pretensões de fazer afirmações causais), elegendo como população os processos judiciais eletrônicos de desapropriação por utilidade pública em que figurasse como parte o Estado de Goiás *com trânsito em julgado* ocorrido no período de 01/01/2010 a 11/06/2020

Vê-se, portanto, que foi feito um recorte, com opção pelas ações de desapropriação por utilidade pública, por ser um fundamento muito comum no âmbito do Estado, e também levando em consideração que a desapropriação para fins de reforma agrária é de competência da União. Excluiu-se, num primeiro momento, por recorte, as desapropriações por interesse social.

A opção pelas ações em que já houve trânsito em julgado se deu pela revisão da literatura, que apontou a maior utilidade em estudar os processos baixados³²³. Todavia, como os processos baixados provavelmente não estariam digitalizados, optou-se pelos processos que já contassem pelo menos com o trânsito em julgado *na fase de conhecimento*, para tentar contornar o problema da mutabilidade da decisão.

O pedido, assinado apenas pelo discente, e fundado na Lei de Acesso à Informação, foi submetido à Diretoria de Gestão da Informação do Estado de Goiás no dia 15 de junho de 2020, por meio de formulário eletrônico (eSIC), disponível no portal do TJGO³²⁴, obedecendo ao

³²³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisa em processos judiciais. In Machado, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p., p. 292.

³²⁴ Disponível em <<https://www.tjgo.jus.br/index.php/ouvidoria-2/servico-de-informacao-ao-cidadao-sic/apresentacao-sic>>. Acesso em 3 mar. 2020.

disposto no Decreto Judiciário n.º 243, de 3 de fevereiro de 2020. O prazo fixado para resposta no normativo é de 20 (vinte) dias, contados da solicitação. O pedido de informação cadastrado na Ouvidoria do TJGO sob o nº 156/2020.

Essa facilidade de acesso parecia contornar a dificuldade de acesso aos dados apontada pela revisão da literatura com relação à pesquisa em processos judiciais, que é justamente o acesso aos dados³²⁵.

No dia 15 de julho de 2020, pelo fato de ainda não haver resposta, foi enviado e-mail à Ouvidoria do TJGO pedindo providências. Houve resposta no dia 17 de julho, solicitando alguns esclarecimentos deste pesquisador, os quais foram prestados no dia 20 de julho.

O pedido de esclarecimento do TJGO apontava a necessidade de indicar precisamente as “classes, assuntos e movimentos processuais da TPU (Tabelas Processuais Unificadas - CNJ) do referido pedido”, também a necessidade de “especificar informação Estado de Goiás como parte”, bem como informou que a base de dados era limitada aos últimos 5 (cinco) anos.

As questões de interesse são três. A primeira é a proporção de majoração de indenização nas desapropriações por utilidade pública em que seja parte o Estado de Goiás nos últimos 10 (dez) anos. Isto é, quando a ação de desapropriação é proposta, a procedência total equivale à manutenção da indenização administrativa, ao passo que a procedência parcial equivale a sua majoração. Assim, a variável estudada, do tipo categórica, é saber se houve sucumbência (sim/não). A segunda é a média da indenização administrativa (variável quantitativa indicada na petição inicial da desapropriação), e a terceira é a média da indenização judicial (variável quantitativa indicada no precatório expedido ou no valor reconhecido pelo Estado), ambas as quais serão comparadas a fim de saber o percentual médio da majoração.

Com base nessas três questões de interesse (uma proporção, duas médias), busca-se identificar a taxa de sucumbência do Estado de Goiás nas desapropriações por utilidade pública nos últimos 10 (dez) anos, bem como quão expressiva foi essa sucumbência em termos financeiros, mediante a comparação, em percentual, da indenização administrativa e a indenização judicial.

Um possível desdobramento da análise dessas últimas questões de interesse é identificar o percentual relativo a cada rubrica, como correção monetária, juros de mora, juros compensatórios, honorários advocatícios, etc, as quais provavelmente estarão disponíveis também no processo judicial.

³²⁵ YEUNG, Luciana. Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais. In Machado, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p., p. 255.

O resultado do estudo visa testar a hipótese de que a solução consensual de controvérsia, com aumento qualitativo da negociação da indenização administrativa por parte do Estado de Goiás nas desapropriações, notadamente por sua Procuradoria Geral, pode gerar impactos positivos em termos de economia de recursos públicos.

É preciso esclarecer que nenhum índice de correção monetária, de juros de mora, de juros compensatórios, etc, foi trabalhado pelo pesquisador, vez que a proposta é apenas de apurar o valor já liquidado no próprio processo judicial, com majoração a ser custeada pelo Estado, não abrangendo rendimentos do valor depositado. A ideia foi considerar o valor já fechado, facilitando o cálculo. Também não foram contabilizadas custas, taxas e despesas processuais, como indenização de deslocamento de testemunhas, honorários periciais, etc.

Além disso, é preciso evidenciar que o cálculo da majoração considera apenas valor pago “a maior”, isto é além do que foi depositado judicialmente no momento da desapropriação. É que em geral o valor de 80% é levantado imediatamente pelo desapropriado (desde que preenchidos os requisitos legais, como prova da propriedade e ausência de débitos fiscais), ficando o valor de 20% depositado, e considerado o mínimo da indenização remanescente. Logo, o valor a maior da indenização desconsidera os 80% via de regra já levantados, e também a diferença de 20% depositada.

Como forma de ampliar a possibilidade de recebimento de informações, e de complementar o pedido cadastrado sob o n.º 156/2020, foi solicitada também a lista de todos os processos judiciais eletrônicos de desapropriação em tramitação que tenham no polo ativo o Estado de Goiás, sem qualquer diferenciação quanto à natureza da desapropriação (se tinham por fundamento utilidade pública ou não). O pedido foi realizado no dia 25 de julho de 2020, no mesmo canal de acesso, e foi cadastrado na Ouvidoria do TJGO sob o nº 434/2020.

Antevendo a possibilidade de ainda não haver ainda liquidação judicial dos valores na amostra a ser selecionada (tema tratado mais pormenorizadamente adiante), constatou-se a possibilidade de alterar a população para os processos judiciais eletrônicos de ações de desapropriação por utilidade pública com precatório expedido nos últimos 10 (dez) anos, e subsidiariamente nos últimos 5 (cinco) anos a fim de contornar o problema, já que a Ouvidoria – no pedido de esclarecimentos antes indicado – alertara que a base de dados era restrita aos últimos 5 (cinco) anos.

Por isso, novo pedido administrativo foi submetido também no dia 25 de julho, de forma online. O pedido de informação cadastrado na Ouvidoria do TJGO sob o nº 468/2020.

Quanto às limitações da pesquisa, pelo fato de não serem estudadas as indenizações finalizadas no âmbito administrativos, não é possível dizer que a atual postura do Estado de

Goiás em termos de consensualidade (seja ela qual for) seja necessariamente desvantajosa, pois é possível que a análise “custo-benefício” das indenizações administrativas, se forem suficientemente baixas, de certa forma “compensem” as possivelmente elevadas indenizações pagas no âmbito judicial. Tampouco se pode falar que eventual postura hermética do Estado “cause” a sucumbência, pois não se trata de um experimento, a exigir o controle de algumas variáveis explicativas.

Para ter uma ideia mais clara no fenômeno estudado, oficiou-se ao Gabinete da Procuradoria Geral do Estado de Goiás no dia 02 de agosto de 2020, com base na Lei de Acesso de Informação, em documento assinado exclusivamente pelo discente, e encaminhado por meio dos e-mails institucionais cynthia-rs@pge.go.gov.br e patricia-gsbv@pge.gov.br, solicitando informação sobre o número de desapropriações iniciadas (com decreto publicado) nos últimos 10 (dez) anos, e desse número a quantidade de ações de desapropriação ajuizadas, excluídas as desapropriações que ainda estejam na fase administrativa de tramitação e as eventuais desistências por parte do Estado.

Isso visava construir um indicador de “taxa de judicialização”, sendo a questão de interesse a proporção dos processos que evoluem para a fase judicial, a ser tratado com estatística inferencial (a princípio), se o número fosse muito elevado, ou com estatística descritiva, se o número fosse suficientemente reduzido para o estudo abranger todos os casos. O pedido gerou o processo administrativo 202000003011148.

Na mesma oportunidade, a fim de ampliar a possibilidade de obtenção de informações, caso as informações obtidas junto a TJGO não fossem satisfatórias, solicitou-se à PGE/GO também a lista de todos os processos judiciais de *desapropriação em andamento*, bem como a *lista dos precatórios expedidos em desapropriação* dos quais o Estado de Goiás é devedor. Note-se que o pedido abrange todas as espécies de desapropriação, e não apenas a desapropriação por utilidade pública.

Sobre a amostra a ser selecionada, a fim de evitar ou minorar o viés de seleção (outra das principais dificuldades apontadas pela literatura em se trabalhar com processos judiciais), é necessário selecionar uma amostra aleatória simples. O procedimento é o seguinte: a lista recebida pelo TJGO ou da PGE/GO será aleatorizada por meio de gerador³²⁶ de números aleatórios, com controle realizado por meio de planilha em Excel, como forma de evitar ou minorar viés de seleção dos órgãos públicos. Do resultado da lista aleatorizada, seria extraída uma amostra estatisticamente significativa de 400 (quatrocentos) processos.

³²⁶ Disponível em <<https://www.invertexto.com/numeros-aleatorios>>. Acesso em 3 ago. 2020.

Chegou-se a esse número por meio de fórmula matemática³²⁷, quando a população é desconhecida, a qual seria utilizada para os dois parâmetros de interesse (proporção e média), vez que com relação à média não se tem uma estimativa do desvio-padrão da população.

Com relação à proporção, a partir da amostra original, utilizando a tecnologia³²⁸, serão selecionadas 10.000 (dez mil) amostras *bootstrap* (com reposição). A variabilidade da estatística *bootstrap* é semelhante à variabilidade da estatística amostral se estivéssemos amostrando repetidamente da população, de modo que podemos usar o desvio-padrão da distribuição *bootstrap* para estimar o erro-padrão da estatística amostral. A partir daí será construído um intervalo de confiança, com nível de significância de 95% e margem de erro de 5%, para encontrar o indicador da taxa de sucumbência antes indicada.

Com relação às médias, a partir da amostra original, utilizando a mesma tecnologia, serão selecionadas 10.000 (dez mil) amostras *bootstrap* (com reposição). Utilizando o mesmo raciocínio da variabilidade da estatística *bootstrap* e seu desvio-padrão para estimar o erro-padrão da estatística amostral, serão construídos outros dois intervalos de confiança, um para a média da indenização administrativa, e outro para a média da indenização judicial, nos casos em que houve sucumbência. Ambas as estatísticas, relativas aos casos em que houve sucumbência, serão comparadas.

A revisão da literatura não apontou a existência de nenhum estudo parecido, ou pelo menos nenhum que tenha chegado ao conhecimento do pesquisador.

Apesar disso, como mostrará adiante, o pesquisador não conseguiu obter os dados necessários, o que o obrigou a reformular novamente a pesquisa, notadamente a população analisada.

Como já sinalizado, foram quatro os pedidos de acesso à informação, sendo três formulados ao TJGO, cadastrados na Ouvidora sob o n.º 156/2020, sob n.º 434/2020 e sob o n.º 468/2020, e um formulado à PGE-GO, que foi autuado, gerando o processo administrativo n.º 202000003011148. Nenhum dos pedidos, todavia, foi frutífero.

Em resposta ao pedido de n.º 156/2020, em 28 de agosto de 2020 foi encaminhada planilha de Excel com lista de 2.092 processos judiciais, com classes, assuntos e movimentos processuais que não eram exclusivos da desapropriação. Segundo a Ouvidoria, esses eram os dados “possíveis de serem minerados”.

³²⁷ $n = \left(\frac{Z_{\alpha/2}^*}{ME} \right)^2 \cdot p \cdot q$

³²⁸ Software gratuito *Statkey*, disponível em <<http://www.lock5stat.com/StatKey/>>. Acesso em 3 ago. 2020.

Em análise exploratória dessa planilha, foram estudados 263 (duzentos e sessenta e três) processos, cerca de 1/8 da população, sendo constatada a existência de diversas incongruências. Com efeito, só 3 (três) processos que se encaixavam no perfil da pesquisa e poderiam ser aproveitados. É dizer, na resposta apresentada no dia 20 de julho, o pesquisador especificou, de acordo com o TPU do CNJ, que em relação a “Classe” tinha interesse na Classe “Desapropriação”, código 2, código 1106, código 1107, código 26, código 62, código 90, e que não tinha interesse na Classe “Desapropriação Imóvel Rural por Interesse Social”. Em relação a “Assuntos”, indicou que estava interessado em “10121 Desapropriação”, “10134 Desapropriação de Imóvel Urbano” e “10122 Desapropriação por Utilidade Pública / DL 3.365/1941”, não tendo interesse nos demais assuntos.

Sobre a pesquisa pelo nome da parte, o pesquisador informou que a pesquisa deveria ser feita preferencialmente por 6 (seis) termos: 1) "Estado de Goiás" (com acento), 2) "Estado de Goias" (sem acento), 3) "Estado Goiás" (com acento), 4) "Estado Goias" (sem acento), 5) "Goiás" (com acento), 6) "Goias" (sem acento), e caso fosse muito trabalhoso, a pesquisa poderia ser realizada apenas ao termo "Estado Goias" (sem acento e sem preposição).

O problema é que, na planilha de Excel com lista de 2.092 processos judiciais, referidos códigos não eram exclusivos de ações de desapropriação, e servem mais como um indexador geral que um indexador específico. Dessa forma, outras espécies de ações judiciais foram equivocadamente incluídas na lista encaminhada ao pesquisador.

A título de exemplo, cite-se que o código 62 se refere a “Procedimentos Regidos por Outros Códigos, Leis Esparsas e Regimentos”, no que se inclui a desapropriação, regida pelo DL. 3.365/41, mas não exclusivamente ela. O código 1.107 se refere a “Procedimento de conhecimento”, e aparentemente abrange a maior parte do rito ordinário disciplinado pelo Código de Processo Civil, como ações de responsabilidade do fornecedor, acidente de trânsito, poupança, agentes políticos, indenização por dano moral e concurso público, apenas para indicar alguns.

Pelas razões acima, portanto, uma vez constada sua imprestabilidade para os fins da pesquisa, a planilha foi descartada.

Em resposta ao pedido de n.º 434/2020, até o presente momento não houve resposta do TJGO, mas se acredita que, devido a forma de mineração dos dados, pautada nos indexadores apontados (informação do código e classe), a resposta seria semelhante à lista de 2.092 processos. Por isso não se insistiu mais na sua obtenção.

Ambos os pedidos n.º 156/2020 e n.º 434/2020 tinham como objetivo primordial subsidiar estudo da primeira questão de interesse, qual seja a proporção de majoração de indenização, o que equivale à sucumbência parcial do ente público.

Diferentemente, o pedido de n.º 468/2020 tinha como objetivo subsidiar estudo da outras duas questões de interesse, quais sejam a média da indenização administrativa (variável quantitativa indicada na petição inicial da desapropriação), e a média da indenização judicial (variável quantitativa indicada no precatório expedido ou a quantia reconhecida pelo Estado: o objetivo é apurar o valor liquidado, informado ao final). Por isso, é essencial estudar o valor dos precatórios expedidos nos últimos 10 (dez) anos, sendo a desapropriação o tipo ou natureza da causa.

Porém, em resposta definitiva no dia 28 de agosto de 2020, o TJGO informou que “os ofícios requisitórios encaminhados ao Departamento de Precatório - DEPRE/TJGO pelos Juízos de Execução, não trazem essas especificações [do tipo de causa], somente se o precatório de natureza alimentar ou comum, observando o disposto na Resolução 303 do CNJ, de 18 de dezembro de 2019.

Estudando a dita Resolução n.º 303/19, constatou-se que, realmente, o TJGO não está obrigado a indicar o tipo de causa, a exemplo de desapropriação, pelo que restou inviabilizada neste ponto a pesquisa, pelo menos pelo canal solicitado (TJGO). Há de se dizer que recentemente o CNJ editou a Resolução n.º 327, de 8 de julho de 2020, que em seu art. 3º, IV, estabelece a obrigatoriedade de o precatório indicar o tipo de causa julgada, mas tal normativo só se aplica ao âmbito federal.

Por fim, o pedido deduzido à PGE-GO, que gerou o processo administrativo n.º 202000003011148, jamais foi respondido, não obstante as tentativas de contato com servidores, e por telefone com a Chefia da PPMA. O pesquisador tinha expectativa de que, se não o TJGO, pelo menos a PGE-GO pudesse apresentar a lista dos precatórios de desapropriação, o que, todavia, não ocorreu.

Assim, o pesquisador se viu obrigado a reformular pela segunda vez a pesquisa.

Sem ter tido acesso a dados adequados sobre os processos judiciais de desapropriação seja pelo TJGO, seja pela PGE-GO, o pesquisador se viu obrigado a utilizar a única fonte de dados que lhe restava e que estava a seu alcance: a pesquisa no sistema Projudi do TJGO pelo nome da parte, utilizando os filtros “Status do Processo” e “Tipo de Processo”.

Assim, após as tentativas frustradas, realizou-se pesquisa no Projudi do TJGO pelos termos “Estado de Goiás” (não se constatou diferenças entre maiúsculas, minúsculas, preposição e acento), utilizando todos os seis filtros de “Status do Processo” (“Ativo”,

“Arquivado”, “Arquivado Provisoriamente”, “Ativo Provisoriamente”, “Calculo”, “Erro de Migração” e “Suspenso”).

O resultado foi uma lista de 104 (cento e quatro) processos judiciais, que foram analisados um a um. De plano, constatou-se a desnecessidade de utilizar a estatística inferencial, despendendo a extração de uma amostra aleatória simples de 400 (quatrocentos) processos, dado que a população inteira poderia ser estudada, bastando a estatística descritiva.

As questões de interesse se mantiveram as mesmas (uma proporção e duas médias), mas foram reformuladas. Com isso, alguns problemas surgiram e tiveram de ser contornados.

Constatou-se uma incidência muito grande de ações de desapropriação anteriores a junho de 1994 (num total de 44, da lista dos 104), com destaque para as desapropriações do Estádio Serra Dourada, em Goiânia-GO, iniciada no longínquo ano de 1973.

Esse marco temporal de junho de 1994 é deveras relevante, pois indica o início da circulação no país da atual moeda, o Real (R\$), surgindo com isso a dificuldade adicional de conversão da moeda anterior para o Real, o que antes não existia, pois o marco temporal das desapropriações eram os últimos 10 (dez) anos.

Isso levou à adaptação das questões de interesse relativas à média da indenização administrativa e à média da indenização judicial, dada a impossibilidade de comparação de ambos os valores, caso tivessem em moedas diferentes. Logo, para evitar dificuldades com relação a esse ponto, optou-se por utilizar um outro filtro, restringindo a análise dos processos judiciais, em relação às ditas questões de interesse, apenas aos processos iniciados *após junho de 1994*, a fim de contornar o problema da conversão de moedas.

Se por um lado isso reduziu o número de processos estudados, isso significou um alargamento do primeiro critério temporal fixado, que se restringia aos últimos 10 (dez) anos, então houve ganhos pelo menos nesse aspecto.

Assim, a primeira questão de interesse, qual seja proporção (sucumbência: sim/não) também sofreu adaptação. Isso porque, caso fosse mantido o critério das ações ajuizadas após junho de 1994, somado à incidência de processos híbridos³²⁹ (14), ao número de ações de desapropriações indiretas (14), e ao número de ações de desapropriação por interesse social³³⁰ (2), sobraram apenas 30 (trinta) processos judiciais de desapropriação por utilidade pública a serem analisados.

³²⁹ Os processos híbridos são parte virtual e parte física, o que inviabiliza a pesquisa pela impossibilidade de consulta ao seu inteiro teor, justificando sua exclusão.

³³⁰ O total de ações de desapropriação por interesse social são 10, porém 8 delas são também antigas, logo já estão na contagem dos 44 processos anteriores a junho de 1994, devendo ser excluídas, sob pena de serem contados em duplicidade.

Desse número, devem ser excluídos ainda 2 processos, pois ambos tratam de temas estranhos (não obstante o filtro pelo Estado de Goiás), tendo um no polo ativo o Município de Goiânia, e outro no polo ativo o Ministério Público de Goiás. Assim, a população estudada, e que ainda passaria por outros filtros, seria de apenas 28 processos.

Nessa adaptação, também foram incluídas na base da pesquisa as ações de desapropriação que iniciaram com entes da administração indireta e que foram sucedidos pelo Estado de Goiás, como é o caso do Departamento de Estrada e Rodagem de Goiás – DERGO e da Agência Ambiental de Goiás - AGMA.

Com a finalidade de ampliar a base de pesquisa, e se ter uma ideia menos turva do fenômeno estudado, o que seria relativamente fácil de apurar, considerando a variável (sim/não) cumulada com o trânsito em julgado, pensou-se em apurar a sucumbência do Estado de Goiás em tanto nas desapropriações por utilidade pública quanto por interesse social a que teve acesso o pesquisador, excluindo-se apenas os híbridos, dada a impossibilidade de análise do inteiro teor.

Para os efeitos da pesquisa, foi considerada sucumbência acordo ou anuência celebrado na fase de execução (não há ocorrência na fase de conhecimento) que de alguma forma majorasse o valor da indenização proposta inicialmente, pois a sucumbência efetivamente existiu na fase de conhecimento.

O pesquisador entendeu por bem fazer essa ressalva, para que eventual acordo ou anuência não seja entendido como afastamento da sucumbência, pois em essência o que a variável de interesse buscava investigar é a majoração do valor ofertado administrativamente.

Com relação às outras duas questões de interesse, permaneceu a comparação entre a média do valor indicado na petição inicial com a média do valor dos precatórios expedidos, seja a título de principal, seja a título de honorários advocatícios³³¹, no que se inclui, por uma questão de coerência, eventuais Requisições de Pequeno Valor – RPV, notadamente afeitas aos honorários advocatícios de sucumbência.

Para efeito de comparação, não é considerada a data da apuração do valor, nem é aplicada correção monetária, que pudesse reduzir todos os valores a uma data considerada “denominador comum”.

³³¹ Quando os honorários foram efetivamente executados, seu valor liquidado foi incluído para fins de contagem da indenização judicial. Em alguns casos, todavia, o advogado da causa não executou os próprios honorários, pelo que tal valor não foi contabilizado.

Ressalva importante diz respeito à apuração do valor da indenização majorada: dos 104 casos, sendo 28 de desapropriação por utilidade pública ajuizados após junho de 1994 com trânsito em julgado e que não fossem híbridos, apenas 9 deles preencheram os requisitos da pesquisa, e ainda assim com o critério flexibilizado.

Os casos de desapropriação por interesse social, portanto, serviram apenas para compor os dados em relação à primeira variável de interesse, qual seja sucumbência (sim/não), pois nenhum deles preencheu os requisitos para serem utilizados na apuração do valor da indenização, notadamente porque não havia ainda a definição do valor a ser pago.

Essa flexibilização no critério do precatório foi realizada para abranger também as quantias em relação as quais o Estado concordou em fazer o pagamento, pendente apenas o exaurimento do ato de expedição do precatório ou do RPV, dado que a liquidação do valor devido já fora concluída.

Um fator adicional a essa flexibilização se deu pelo fato de que em 7 dos 9 casos o Estado anuiu ou celebrou acordo em relação ao valor majorado da indenização. Isso reforça a necessidade de computar a celebração de acordo na fase de conhecimento como sucumbência.

Em relação aos outros 2 (dois) casos, em um deles houve sequestro da verba nas contas públicas, e noutro a expedição do precatório propriamente dito, após esgotados os recursos.

Uma dificuldade adicional na pesquisa ocorreu pela própria dinâmica da execução contra a Fazenda Pública, antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que estendeu a ela o instituto do cumprimento de sentença, que é processado nos mesmos autos.

Antes desse diploma, como regra, havia a ação de desapropriação, com o trânsito em julgado era proposta a ação de execução de título judicial contra a Fazenda Pública, a qual era alvo de embargos à execução em ação autônoma. Em algumas situações, inclusive, foi necessário analisar outras espécies de ação, a exemplo de reclamação constitucional, o que aumentou o volume e a complexidade do trabalho. Estima-se um acréscimo de 30 a 40 processos judiciais analisados.

Acerca do possível desdobramento da análise dessas últimas questões de interesse (identificar percentual relativo a cada rubrica, como correção monetária, juros de mora, juros compensatórios, honorários advocatícios, etc), isso não ocorreu. Em alguns casos se colheu a informação do precatório, que não especifica as rubricas, e em outros foi considerado o valor indicado pelo Estado de Goiás. Ou seja, a ausência de uniformidade prejudicou a análise.

Uma observação final é necessária: não foi considerada eventual incidência de juros de mora e de correção monetária, devidas “até o efetivo pagamento”, após decorrido o chamado “período de graça”, que vai de 1º de julho do ano anterior, até o último dia do exercício

financeiro seguinte. Tampouco se acompanhou se houve efetivamente ou não o pagamento no prazo legal. A análise se exauriu, portanto, na apuração do valor liquidado e encaminhando para pagamento, sem considerar eventuais majorações posteriores.

5.3 Resultados de pesquisa

Não obstante essas limitações, e a dificuldade na obtenção de dados, ainda parece residir utilidade no estudo observacional empreendido, notadamente pela identificação da taxa de sucumbência e do percentual médio da majoração da indenização no âmbito judicial, ainda que não com a amplitude desejada inicialmente.

Em relação à primeira questão de interesse, existência de sucumbência ou não, dos 104 processos, foram excluídos 29 que são híbridos ou tratam de desapropriação indireta, bem como 2 casos que tratam de temas estranhos à pesquisa, restando 73 ações de desapropriação por utilidade pública e por interesse social, em que figura no polo ativo o Estado de Goiás ou os entes da administração indireta, propostas entre 1963 e 2013, e que são acessíveis por meio do sistema Projudi do TJGO. Como visto, não se utilizou o marco temporal após junho de 1994, por se trata de variável categórica, e não quantitativa. Dessas 73 ações, 1 delas foi cancelada, 12 estão pendentes de sentença ou não têm o trânsito em julgado.

Restaram 60 ações que formam a população estudada, tendo o Estado de Goiás sucumbido em 56 delas, ou um percentual de 93,33% dos casos.

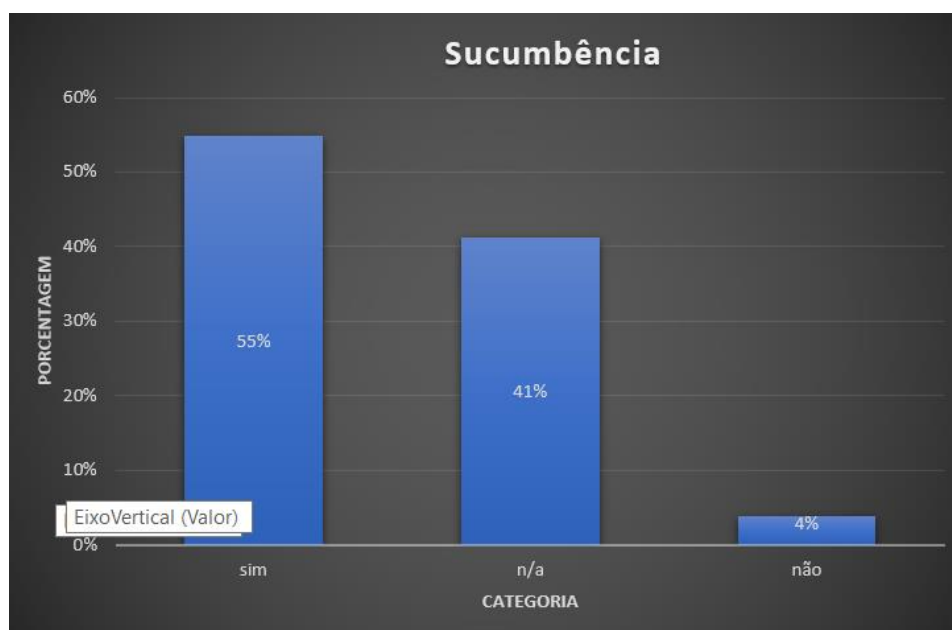


Figura 1: evidência a sucumbência do Estado de Goiás nas ações de desapropriação: abrangência geral.

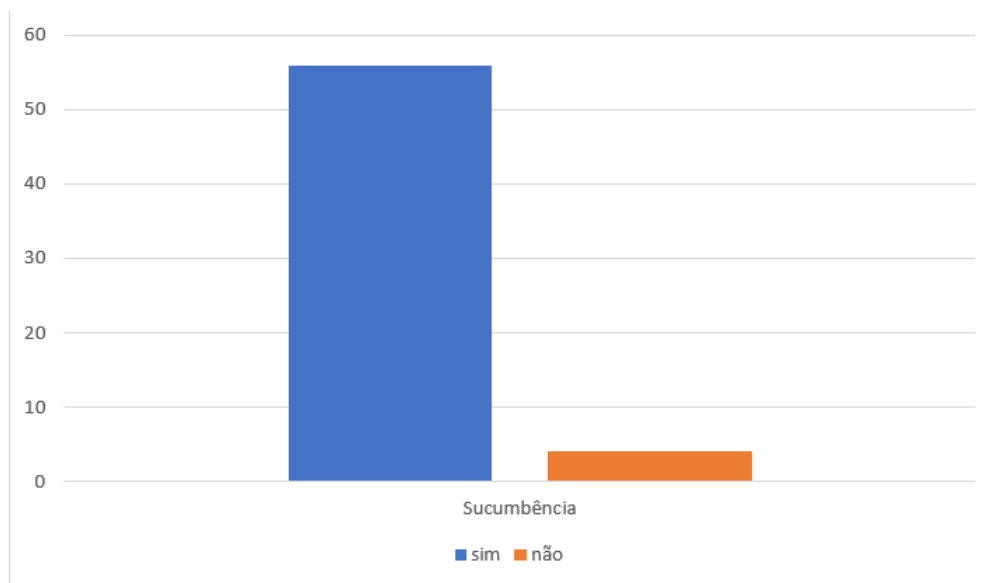


Figura 2: evidência a sucumbência do Estado de Goiás nas ações de desapropriação por utilidade pública e por interesse social.

Em relação às outras duas questões de interesse, a população é formada por um conjunto de 9 ações de desapropriação por utilidade pública ajuizadas a partir de junho de 1994 com trânsito em julgado e precatório expedido (ou seu equivalente).

Extraindo a média da *indenização administrativa* ofertada, constante da petição inicial, vê-se que ela é igual a R\$ 2.599.071,41.

Extraindo a média da *indenização judicial* fixada, vê-se que ela é igual a R\$ 6.540.612,45. Dessa forma, constata-se um percentual médio 151,65% superior, mas que apresenta alguns valores atípicos.

Em 4 dos 9 casos, ou 44,44% deles, em que a desapropriação foi iniciada pelo DERGO, com sucessão pelo Estado de Goiás, a majoração foi ainda maior. Iniciadas no final da década de 1990, em um caso houve majoração de 13.008,51%, em outro 79.110,68%, em outro 49.616,37% e outro 3.961,27%, sendo que em todos os casos foi oferecido administrativamente o valor venal do imóvel indicado pelo município onde se localizava o imóvel. Isso representa uma média particular de 36.424,20% superior, quando a desapropriação teve início com a administração indireta.

Dos 5 casos analisados em que o Estado de Goiás iniciou a desapropriação, em apenas 1 deles a majoração ultrapassou o percentual de 100%, sendo a média particular de majoração 42,03%, sendo que em nenhum dos 5 casos houve o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência aos advogados do desapropriado, o que ficou estabelecido no acordo celebrado.

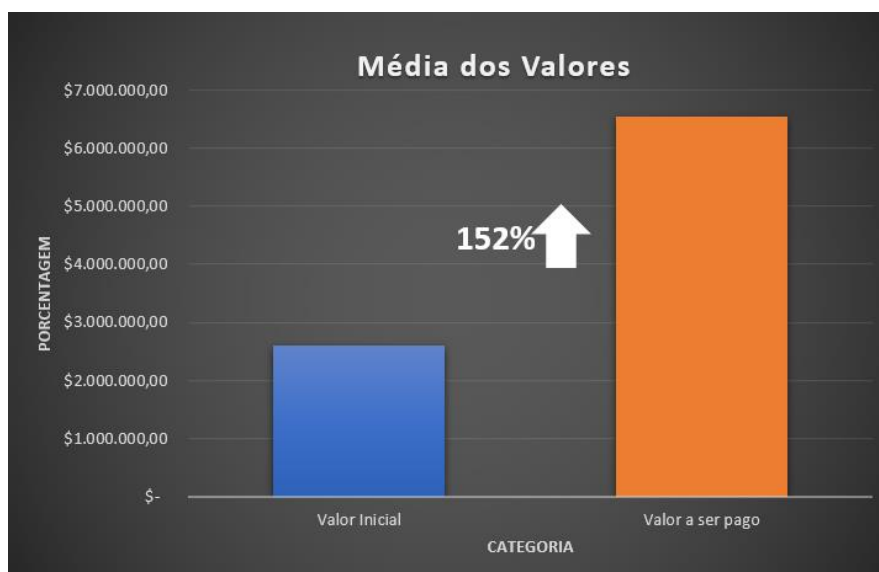


Figura 3: Diferença entre as médias da indenização ofertada administrativamente e a fixada judicialmente.

5.4 Conclusões de pesquisa

Em parte, a pesquisa restou frustrada, pela falta de acesso aos dados. Como achados iniciais de pesquisa, verifica-se que nos *precatórios estaduais* há pouca transparência, pois o CNJ de fato só obriga a disponibilização de algumas informações, dentre as quais não existe a natureza da ação. Isso dificulta sobremaneira a obtenção de dados sobre o pagamento de condenações judiciais, em prejuízo da transparência, pois obriga o pesquisador a visitar cada processo individualmente. Só mais recente o CNJ determinou quanto aos *precatórios federais*.

Ademais, no âmbito da PGE/GO verificou-se haver pouca transparência, configurada na baixa disponibilidade de dados. Conquanto seja compreensível que as informações que constam no interior dos “autos paralelos”, não se afigura razoável que informações sobre valores de precatório, quantidade, etc, não estejam disponibilizadas pela PGE/GO.

Porém, conforme os dados apurados, a pesquisa evidenciou uma altíssima taxa de sucumbência. Isso parece se alinhar com as impressões gerais da ausência de consensualidade na fase administrativa da desapropriação, extraída da experiência na lide forense.

Outro achado de pesquisa é que o Estado de Goiás, administração direta, pelo menos segundo os dados, tende a sucumbir de forma bem menos expressiva que sua administração indireta (experiência do DERGO e AGMA). Isto é, pelo menos segundo os dados apurados, em relação à administração direta, parece haver um maior zelo da advocacia pública estadual na tentativa de aproximar o valor ofertado administrativamente com a justa indenização.

Ressalve-se, todavia, que mesmo não sendo tão expressiva a sucumbência, ou pelo menos em termos comparativos, houve efetivamente a majoração da indenização administrativa, em alguns casos na casa dos milhões de reais. Por isso, ainda parece residir utilidade no enfretamento do objeto de pesquisa, com o fito de promover a consensualidade na fase administrativa para economia de recursos públicos. Isso sem falar nos custos indiretos, e custo de oportunidade, que não foram ou dificilmente poderiam ser mensurados.

Os dados sobre a taxa de sucumbência e a taxa de majoração do valor da indenização, portanto, sugerem uma disfunção no tratamento da fase administrativa da desapropriação no âmbito do Estado de Goiás, especialmente por parte da administração indireta, pelo menos no que se refere às desapropriações por utilidade pública e por interesse social, a exigir uma atenção maior no âmbito preventivo por parte da advocacia pública estadual.

Isso não quer dizer que a postura atual em termos de consensualidade do Estado de Goiás, mesmo em se tratando de sua administração indireta, é necessariamente desvantajosa, pois é possível que a análise “custo-benefício” das indenizações administrativas, se forem suficientemente baixas, de certa forma “compensem” as possivelmente elevadas indenizações pagas no âmbito judicial, conforme já ressaltado.

Por fim, como em apenas 1 dos casos houve o sequestro da quantia, tendo havido acordo ou anuência na fase de execução em todos os outros 8 casos, o Estado de Goiás não parece atuar por meio de uma litigiosidade cega, o que abre caminho para a consensualidade na fase administrativa, pois isso parece indicar uma conscientização acerca do custo do litígio por parte da advocacia pública. Essa evidência é corroborada pela recente criação e instalação da CCMA, que é um indício de que a advocacia pública estadual parece estar comprometida institucionalmente, pelo menos em algum nível, com a solução consensual das controvérsias.

6 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Nesta dissertação, procurou-se principalmente trabalhar a necessidade de o Estado agir com eficiência.

Analisou-se os traços do Estado Moderno, e os elementos marcantes de transição para o Estado Contemporâneo, sua complexidade e demanda por atendimento a necessidades por vezes contraditórias de uma sociedade plural, daí a busca de efetividade e a ênfase no resultado. Não basta mais o agir de acordo com a lei, é preciso um agir eficiente e que alcance os resultados esperados. Cumpre reconhecer que o vício de ineficiência é tão prejudicial quanto o vício de legalidade, porque mina a legitimidade do Estado, fragilizando o pacto democrático.

Na desapropriação, agir com eficiência significa, na fase administrativa, abrir-se à consensualidade e ouvir o administrado, por meio de contraditório sumário, e se for o caso abrir com ele negociação franca e aberta. É inadmissível que, sabendo-a injusta e abaixo de qualquer patamar aceitável, o agente público insista no pagamento de tal valor de indenização, sob pena de causar prejuízo ao ente público, praticando vício de ineficiência. Neste caso, a advocacia pública deve agir preventivamente, realizando controle de juridicidade, evitando um prejuízo futuro.

Alguns fatores parecem contribuir para isso, negativa e positivamente. Em relação ao primeiro ponto, a nossa tradição jurídica, de privilegiar a solução contenciosa, em detrimento de uma solução construída pela autocomposição, e um controle hermético, encerrado em formalidades, e que não incentiva a tomada de decisões criativas. Em relação ao segundo ponto, a positivação da fase administrativa, regulamentando essa importante fase da desapropriação, e que não é tratada pelo DL n.º 3.365/41, incluindo a negociação proba com o administrado, com base em laudo de avaliação fundamentado, e o pagamento direto, sem precatório.

Assim, caso se afigure vantajoso, a Administração Pública deve iniciar negociação com o desapropriado, o que parece ser possível num número razoável de casos, em que existe uma zona de certeza positiva sobre o que *não é* vantajoso. Nisso, o papel da advocacia pública é fundamental, pois ela é a instituição responsável pela tutela do litígio, seja judicial, seja extrajudicial,

É preciso, de fato, pensar menos em termos do que é proibido-permitido, e mais em *como* fazer, encontrar uma forma pragmática de solução do problema, dentro da discricionariedade, observadas balizas mínimas.

Como salienta Santana de Oliveira, de acordo com Richard Posner, “importa muito mais a manutenção de uma postura pragmática de busca pela expansão do conhecimento do que, eventualmente, obter conclusões absolutas e inabaláveis.”³³²

Nesse sentido, a análise econômica do direito, disciplina que teve sua origem nos Estados Unidos da América, exsurge como mais uma ferramenta à disposição do gestor público para a formulação de políticas públicas na tomada de decisão acertada e que busque atender ao interesse público primário.

Isso não significa a adoração “cega dos resultados de mercado” ou pura racionalidade economista, nem implica sua adoção irrestrita, sem levar em consideração as peculiaridades de nosso país, que são muitas e graves.

O que é possível iluminar, porém, é a análise dos custos de litigância na desapropriação, enquanto instrumento para efetivação de outras políticas públicas, os quais devem ser efetivamente considerados, pois de nada adianta soluções de curto fôlego. É preciso abordar a questão da desapropriação de maneira abrangente, e não fragmentada. Parece-nos aplicável a metáfora do cobertor curto. Isto é, resolve-se um problema, mas cria-se outro.

Por fim, à vista do conhecimento obtido com análise jurimétrica, conforme taxa de sucumbência e taxa de majoração do valor da indenização encontradas, parece haver uma disfunção no tratamento da fase administrativa da desapropriação no âmbito do Estado de Goiás, especialmente por parte da administração indireta, pelo menos no que se refere às desapropriações por utilidade pública e por interesse social, a exigir uma atenção maior no âmbito preventivo da advocacia pública estadual.

³³² OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. **Op. Cit.**, p. 114.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty**. New York: Crown, 2012, 544 p.

AFFONSO, Andressa Kellen Lauriano Lucio. **Autocomposição de conflitos na administração pública: um estudo sobre a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal** Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1ª ed., 2016.

ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. **O novo Direito Administrativo e governança pública: responsabilidade, metas e diálogo aplicados à Administração Pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AZEVEDO, André Gomma de. In PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

BERGER, Luiz Marcelo. Porque o Brasil precisa da Análise Econômica do Direito. **JOTA**. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/por-que-o-brasil-precisa-de-analise-economica-do-direito-07112017>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público e dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. In: WALD, Arnoldo (coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 4, número 15. Revista do Tribunais, 2007.

_____. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Diretoria Geral. Diretoria de Planejamento e Pesquisa. Divisão de Supervisão/Desapropriação. **Diretrizes básicas para desapropriação**. Rio de Janeiro: IPR, 2011. 186p. (IPR. Publ. 746).

_____. IPEA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Brasília: IPEA, 2011. 44p. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf>, acesos em 11/11/2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed., 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Reimpressão 2015.

CARVALHO, Sílvia Alves. Sistema processual e acesso à Justiça. Um problema de realização prática do direito. In **Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line]**, organização CONPEDI/UNISINOS. Coordenadores: Luiz Fernando Bellinetti; Renata Almeida da Costa; Magno Federici Gomes. – Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 80-99.

CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora. **Proceso, autocomposición y autodefesa**. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito** / Ronald H. Coase; tradução, Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Luciana Helena Salgado e Antônio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório, Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides).

_____. **O Problema do Custo Social** / Ronald H. Coase; tradução, Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilha; coordenação Luciano Benetti Timm, revisão técnica, Antônio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, article 9, 2008.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto, ASSIS, Aline Neves. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 541-584, jul./dez. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, n. 737, p. 11-22, mar. 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **100 maiores litigantes**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

COUTINHO, Diogo. **O direito nas políticas públicas**. In: MARQUES, Eduardo; FARIS, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Ed. Unesp/Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, p. 181-200.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 42, n. 165, p. 7-19, jan./mar. 2005.

_____. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1ª ed., 2014.

DIDIER Jr. Fredie. **Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2018.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio, BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.) **O direito e as políticas públicas no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2013.

DURVAL, Hale. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins) / Luciano Ferraz. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERRAZ, Luciano. Por um contencioso administrativo do justo preço nas desapropriações. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/interesse-publico-contencioso-administrativodo-justo-preco-desapropriacoes>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

FERREIRA, Kaline. **A autocomposição e as pessoas jurídicas de Direito Público**: o que mudou depois da Lei de Mediação? Disponível em: <https://anafenacional.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-Mediacao-Depois-da-lei-de-mediacao_Kaline-Ferreira.pdf>, acesso em 06 nov. de 2020.

FIANI, Ronaldo. A natureza multidimensional dos direitos de propriedade e dos custos de transação. **Economia e Sociedade**. Campinas, v. 12, n. 2, p. 185-203, jul/dez. 2003.

FIDELIS, Junior Divino. **A Justa Indenização nas Desapropriações Agrárias e Como se Formam as Superindenizações**. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás. Goiás, p. 83, 2014.

FISHER, Roger; URY, William. **Getting to yes: negotiating an agreement without giving in**. Random House Business Book, 2008.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; v. 276, p.25-46, set./dez. 2017.

_____. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 2014.

FRERERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHE, Ted. **Journal of Economic Literature**, Vol. XL, Jun., 2002), pp. 351–401.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização de solução de conflitos**. 01/04/2011, 274p. Tese. Universidade de São Paulo.

GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **EALR**, v. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos [livro eletrônico]: por que a liberdade depende dos impostos** / Stephen Holmes e Cass R. Sunstein; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, ePub, paginação irregular.

JORDÃO, Eduardo. O viés pró-controle e suas distorções interpretativas. **JOTA**. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-vies-pro-controle-e-suas-distorcoes-interpretativas-26022020>>. Acesso em: 1º mar. 2020.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar** / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite. 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. São Paulo: Objetiva, 2013.

LOCK, Robin H. **Estatística: revelando o poder dos dados** / Robin H. Lock ... [et al.]; tradução Ana Maria Lima de Farias, Vera Regina Lima de Farias e Flores. 1.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia: Trinta anos de brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1.

MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In Machado, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade? **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 82, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª Edição. Rio de Janeiro, 2006.

MORAND, Charles-Albert. **Le droit neo moderne des politiques publiques**. Paris: LGDJ, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de direito público**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro. *In: Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 3. Belo Horizonte, 2003, p. 36.

_____. Políticas Públicas e Parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. *In: Revista de Direito do Estado*, vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2006.

_____. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. *In: Revista de Direito Administrativo*. vol. 231. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2003.

_____. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade, finalidade, eficiências e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro** / Marcelo Neves; tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. – São Paul: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. 2ª ed. rev. e atual. – São Paul: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. **Eficiência e direito**: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir da obra de Richard Posner. – Recife: O Autor, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Devido Processo Legal na Consensualidade Administrativa. In: SCHIRATO, V. R.. Coordenador, **Estudos atuais sobre ato e processo administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

PINTO, Elida Graziane. Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento. In: PINTO, Elida Graziane *et al.* **Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar e face da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PINTO, Isabela Cardoso de Matos. Mudanças das políticas públicas: a perspectiva do ciclo de política. **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 12, n.1, p. 27-36, jan./jun. 2008.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça** / Richard A. Posner; tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

_____. **Economic Analysis of Law**. 9ª ed. University of Chicago Law School. 2014.

_____. **Problemas da filosofia do direito**. / Richard A. Posner; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Wealth maximization revisited**. Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, v. 2, 1985.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, vol. 8, n. 2, Ago. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento / Bruno Meyerhof Salama. - 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.

_____. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Ed.). **Agenda contemporânea: direito e economia: Trinta anos de brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012, E-book, v. 1.

_____. Análise Econômica da Arbitragem. In: **Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito** / Alexandre Bueno Cateb... [et al.; organizado por Luciano Benetti Timm. - 3ª ed. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa** / Michael J. Sandel; [tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. - 23ª edição - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Tomo 8.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisa em processos judiciais. In Machado, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio, BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Coords.) **O direito e as políticas públicas no Brasil**, São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos e Administração Pública. In DURVAL, Hale. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNFELD, Carlos Ari, online. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. **JOTA**. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>>. Acesso em 16 mar. 2020.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015.

TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 8, n. 2, Ago. 2018.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 128, p. 59-78, out. 2005.

VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcílio. Políticas pública consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. In: **R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 251, n. 251, p. 391-426, 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL ZANOIDE (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. DPJ, 2005.

WEISBACH, David A. **The Future of Law and Economics**. 2011. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall11/lawandecon-future>, acesso em 18/11/2020.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2019.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais. *In* Machado, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p.