

BRUNO LOPES MEGNA

**POLÍTICAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ADMINISTRATIVOS:
adequação e racionalidade**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Associado Dr. Carlos Alberto de Salles

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2023

[versão corrigida – original disponível na FD/USP]

BRUNO LOPES MEGNA

**POLÍTICAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ADMINISTRATIVOS:
adequação e racionalidade**

Tese de Doutorado apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração em Direito Processual — Subárea de Direito Processual Civil, nos termos Resolução nº 6542, de 18 de abril de 2013. Versão corrigida; original disponível na FD/USP, nos termos da Resolução CoPGr nº 6018/2011 e Circ. CPGFD 7/2021.

Orientador: Professor Associado Dr. Carlos Alberto de Salles

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Autorizo a reprodução e a divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio, convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Megna, Bruno Lopes

Políticas de solução de conflitos administrativos: adequação e racionalidade ; Bruno Lopes Megna ; orientador Carlos Alberto de Salles -- São Paulo, 2023.

444

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. conflitos administrativos. 2. métodos alternativos de solução de conflitos. 3. direito e economia. 4. análise institucional . 5. política pública. I. Salles, Carlos Alberto de, orient. II. Título.

Nome: BRUNO LOPES MEGNA

Título: Políticas de solução de conflitos administrativos: adequação e racionalidade

Tese de Doutorado apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração em Direito Processual — Subárea de Direito Processual Civil, sob orientador do Professor Associado Dr. CARLOS ALBERTO DE SALLES.

Banca realizada em:

Resultado:

Banca Examinadora

Professor(a): Floriano de Azevedo Marques Neto Instituição: FD/USP

Julgamento: Assinatura:

Professor(a): Carlos Ari Sundfeld Instituição: FGV/SP

Julgamento: Assinatura:

Professor(a): Eduardo Talamini Instituição:

Julgamento: Assinatura:

Professor(a): Daniela Monteiro Gabbay Instituição: FGV/SP

Julgamento: Assinatura:

Professor(a): Marco Antonio Rodrigues Instituição: UERJ

Julgamento: Assinatura:

AGRADECIMENTOS

Por sua direta relação com esta obra, agradeço:

ao Prof. Carlos Alberto de Salles, orientador e fundador do Núcleo de Estudos de Mecanismos de Solução de Conflitos (NEMESC), a que devo minha trilha acadêmica ao lado dos “Sallesianos”, que agradeço em nome de Amanda Guimarães, Cecília Asperti, César Carnáuba e Maria Golfieri, e do grupo de pesquisa com orientandos da Profa. Suzana Henriques da Costa;

aos Professores Carlos A. Carmona, Carlos Ari Sundfeld e Floriano A. Marques, cujas participações nas bancas de mestrado foram o berço das ideias para o doutorado, bem como aos Professores Fernando Menezes de Almeida e Sérgio Ferraz, pelas aulas, discussões e influência nos estudos, também desde o mestrado;

ao Prof. Owen Fiss e a Bradley Hayes, a quem devo o convite para retornar à *Yale Law School* como pesquisador visitante, o que me proporcionou a honra de assistir às últimas aulas do Prof. Emmanuel Gaillard e o alívio de ouvir um “*make sense*” da Profa. Susan Rose-Ackerman e do genial e querido Prof. Guido Callabresi;

a Karen Dean, Arthur, Dave, Eileen, Melissa e Richard, do *Federal Mediation and Conciliation Service* (Washington, D.C.), que com grande generosidade me receberam e compartilharam a experiência dos métodos de solução de conflitos com o governo dos EUA;

à Profa. Daniella Gabbay e ao Prof. Rodrigo Pagani de Souza, membros da banca de qualificação, cujas recomendações de estrutura e bibliografia guiaram a conclusão da obra;

aos Profs. Bruno Takahashi, Carlos Elias, Cristina Mastrobuono, Elaine V. Motta, Eugenia Marolla, Helena Refosco e Rafael Barros, a quem devo rara atenção na leitura da minuta e generosa contribuição;

aos colegas Profs. Luiz C. P. R. da Costa, que me ensinou a usar o Zotero (e à Helena por me convencer a usá-lo), e Taís Gasparin, que me salvaram da solidão do inverno de New Haven;

ao acadêmico de Economia e de Direito Willian Radaic, que me auxiliou na compreensão de conceitos econômicos, bem como na pesquisa, junto aos acadêmicos de Direito Ana Carolina, Arthur Sadami e Vitória Mello (o texto e os erros são exclusivamente meus);

aos colegas de Advocacia Pública, que me proporcionaram o mosaico de assuntos aqui tratados, agradeço em nome de Boni Soares, Bruno Dias, Elisa Edit, Leila Cuéllar, Rafael Drews e Zizi Brito, que aceitaram iniciar o *Observatório de Arbitragem na Administração Pública*.

Para não cometer injúrias, deixo de citar os amigos a quem devo agradecimentos para além dessa obra, sem deixar de destacar, o agradecimento aos meus pais, irmãos, sobrinho, cunhadas, sogros, Meg, Baltha e, especialmente, à minha esposa, que, fazendo questão de sequer saber o título, é a quem mais devo esse trabalho (e uma obra no meio dele...) e todas a *graça*.

À Fernanda, meu *sunk cost* predileto.

RESUMO

MEGNA, Bruno Lopes. **Políticas de solução de conflitos administrativos: adequação e racionalidade**. 444 páginas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Diante da exortação para que a Administração Pública use meios “adequados” de resolução de disputas, questiona-se: *o que qualifica um método como “adequado” à solução de conflitos administrativos? Qual racionalidade deve pautar essa resposta?* A hipótese trabalhada é de que *efeitos socioeconômicos sistêmicos* sejam um critério definidor da adequação. Tomam-se como marcos teóricos, do direito processual, os movimentos dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, da instrumentalidade e do acesso à Justiça, e, do direito administrativo, os da processualidade e da consensualidade administrativa; vale-se, ainda, do “Direito e Economia” como apoio de análise. Por entender que tal estudo requer visão mais ampla do que a tradicionalmente focada no Judiciário, propõe-se, na Parte I, sejam dados dois passos para trás, a fim de se mapear o panorama do tratamento de conflitos na Administração e revisitar algumas premissas teóricas. Para tanto, analisam-se as dimensões objetiva-substancial, subjetiva-institucional e formal-procedimental dos conflitos administrativos (Capítulo 1), das soluções possíveis (Capítulo 2) e dos métodos disponíveis (Capítulo 3). Na Parte II, dá-se um passo adiante, mas ainda atrás da abordagem tradicional, a fim de se exercitar uma análise da dinâmica e das repercussões de certos agrupamentos de conflitos administrativos: os de cobrança tributária, em que se constata que o comportamento de contribuintes pode variar a depender da política de tratamento do conflito vigente (Capítulo 4), fornecimento público de medicamentos, em que certos métodos induzem escolhas trágicas e ilusões de suficiência na solução de demandas (Capítulo 5) e contratos de infraestrutura, em que módulos consensuais têm inflexão nas relações negociais administrativas (Capítulo 6). Ao final, confirma-se parcialmente a hipótese de trabalho, e se sustenta a tese de que o tratamento de conflitos administrativos deve ser racionalmente programado como política (*policy*) pública e deve se valer da comparação dos impactos sistêmicos eventualmente decorrentes do emprego de diferentes alternativas processuais, porém, deve também passar por *escolhas públicas*, as quais devem olhar não só para os impactos sabidos, mas também admitir falhas, contradições e o que *não se sabe* do sistema desenhado. Cabe, assim, dentro das balizas constitucionais, usar da política de tratamento de conflitos como instrumento de direcionamento da atuação estatal e de persecução de objetivos jurídico-políticos. Dentre tais objetivos, destaca-se o potencial de, por meio dessa política, democratizar a relação entre Estado e cidadão e a promoção da *eficiência do diálogo* desses atores, por meio de ferramentas do sistema multiportas de solução de conflitos.

Palavras-chave: meios de solução de conflitos; conflitos administrativos; direito e economia; análise institucional comparada; política pública.

ABSTRACT

MEGNA, Bruno Lopes. **Administrative dispute resolution policy: adequacy and rationality**. 444 pages. PhD Thesis - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2023.

From the exhortation for the Public Administration to use “appropriate” means of dispute resolution, follows the question: what qualifies a method as “appropriate” for the solution of administrative conflicts? What rationale should guide this response? This paper works with the hypothesis that systemic socioeconomic effects are a defining criterion of adequacy. The theoretical frame comprises: Alternative Methods of Dispute Resolution, procedural instrumentality, access to Justice, procedural Administrative Law, consensus in Public Administration, and Law and Economics. Understanding that such a study requires a broader view than the one traditionally focused on the Judiciary, in Part I, that two steps are taken backwards to map the panorama of conflicts in Public Administration and revisit some theoretical premises. Three dimensions (objective-substantial, subjective-institutional and formal-procedural) are focused to study administrative conflicts (Chapter 1), its solutions (Chapter 2) and its methods (Chapter 3). In Part II, a step is taken forward, but still behind the traditional approach, in order to exercise an analysis of the dynamics and repercussions of certain *case congregations* of administrative conflicts: those of tax collection, in which the behavior of taxpayers may vary depending on the conflict resolution policy (Chapter 4), public supply of medicines, in which certain policies induce tragic choices and illusions of sufficiency in the solution of demands (Chapter 5) and infrastructure contracts, in which consensual tools may have an impact on contract prices and outcomes (Chapter 6). In the end, the initial hypothesis is partially confirmed. The conclusion is that the treatment of administrative conflicts must be rationally programmed as a *public policy*, by the comparison of systemic impacts eventually resulting from the use of different alternatives procedures, and by *public choices* which must be aware not only at the known impacts, but also admit flaws and contradictions of the system. Within constitutional boundaries, this policy is as an instrument for directing state action and pursuing legal-political objectives. Above all, this policy is about democratization of the State-citizen relationship and the promotion of an efficient dialogue between them, through the multidoor system of conflict resolution.

Keywords: alternative dispute resolution; administrative disputes; law and economics; comparative institutional analysis; public policy.

RÉSUMÉ

MEGNA, Bruno Lopes. **Politique administrative de règlement des litiges : adéquation et rationalité.** 444 pages. Thèse de doctorat - Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2023.

De l'exhortation faite à l'Administration Publique à utiliser des moyens « appropriés » de résolution des conflits, se pose la question: *qu'est-ce qui qualifie une méthode comme « appropriée » pour la solution des conflits administratifs?* Quelle logique doit guider cette réponse? L'hypothèse de travail est que les effets *socio*-économiques systémiques sont un critère déterminant d'adéquation. Le cadre théorique comprend: les méthodes alternatives de règlement des différends, l'instrumentalité du processus, l'accès à la justice, le droit administratif procédural, le consensus dans l'administration publique, et l'analyse économique du droit. Comprenant qu'une telle étude nécessite une vision plus large que celle traditionnellement centrée sur le Pouvoir Judiciaire, dans la Partie I, deux pas en arrière sont faits pour cartographier le panorama des conflits dans l'Administration Publique et pour revisiter quelques prémisses théoriques. Trois dimensions (objective-substantielle, subjective-institutionnelle et formelle-procédurale) sont centrées afin d'étudier le conflit administratif (Chapitre 1), ses solutions (Chapitre 2) et ses modes de règlement (Chapitre 3). Dans la partie II, un pas est franchi en avant, mais encore en retrait par rapport à l'approche traditionnelle, afin d'exercer une analyse de la dynamique et des répercussions de certains cas congrégations de conflits administratifs: ceux du recouvrement de l'impôt, dans lesquels le comportement des contribuables peut varier selon sur la politique de résolution des conflits (chapitre 4), l'offre publique de médicaments, où certaines politiques induisent des choix tragiques et des illusions de suffisance dans la solution des demandes (chapitre 5) et les contrats d'infrastructure, où les outils consensuels peuvent avoir un impact sur le contrat les prix et les résultats (chapitre 6). Au final, l'hypothèse de départ est partiellement confirmée. La conclusion finale est que le traitement des conflits administratifs doit être rationnellement programmé en tant que politique publique, par la comparaison des impacts systémiques résultant éventuellement de l'utilisation de différentes procédures alternatives, et par des choix publics qui doivent être conscientes, pas seulement des impacts connus, mais aussi des défauts et des contradictions du système. Dans les limites constitutionnelles, cette politique est un instrument d'orientation de l'action de l'État et de poursuite d'objectifs juridico-politiques. Avant tout, cette politique vise la démocratisation de la relation État-citoyen et la promotion d'un dialogue efficace entre eux, à travers le système multiporte de résolution des conflits.

Mots-clés : modes alternatifs de résolution des conflits; litiges administratifs; analyse économique du droit; analyse institutionnelle comparative; politique publique.

ABREVIATURAS, SIGLAS, TERMOS E EXPRESSÕES

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 d outubro de 1988
ADR's	<i>Alternative/Appropriate Dispute Resolution</i> , sigla inglesa usada para se referir ao movimento de Métodos Alternativos/Adequados de Solução de Conflitos dos EUA
AGU	Advocacia Geral da União
art. / arts.	artigo / artigos
CC	Código Civil – Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e alterações
CDC	Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 — Código de Defesa do Consumidor
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
cit.	citado (obra já citada)
cf.	conforme / conferir
CF	Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988
coord.	Coordenação
CPC	Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil brasileiro vigente a partir de 16 de março de 2016
CPC-1973	Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil brasileiro revogado
DJE	Diário de Justiça Eletrônico
DOE	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
ed.	Edição
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i> (por exemplo)
EUA	Estados Unidos da América
IPEA	Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas
j.	julgado em (data)
LARB / Lei de Arbitragem	Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.
LC [nº]	Lei Complementar; exceto se indicado que se trata de Lei Complementar estadual ou municipal, emprega-se essa expressão para tratar de Leis Complementares federais
Lei [...nº...]	Referências à legislação federal são grafadas como “Lei nº ...”; quando estaduais ou municipais, grafou-se “Lei do Estado/Município de ... nº ...”.
LMED / Lei de Mediação	Lei 12.140, de 26 de junho de 2015
LINDB	Decreto-Lei Federal nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, na sua redação dada pelas alterações, até a Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018 — Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro
MASC's	Meio/s Adequado/s ou Alternativo/s de Solução de Conflitos
MESC's	Meio/s Extrajudicial/ais de Solução de Conflitos

MPC	Ministério Público junto ao Tribunal de Contas
n.	Número
OCDE	Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
org.	Organização
p.	página ou páginas
PGE/	Procuradoria Geral do Estado/ de [nome ou sigla usual do Estado]
PGFN	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
PGF	Procuradoria Geral Federal (autarquias da União)
PGM	Procuradoria Geral do Município
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PPP	Parceria Público Privada
STF	Supremo Tribunal Federal do Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
TCE/	Tribunal de Contas do Estado/ de [nome ou sigla usual do Estado]
TCU	Tribunal de Contas da União
TCM/	Tribunal de Contas do Município/ de [nome ou sigla usual do Município]
TJ/	Tribunal de Justiça do Estado/ de [nome ou sigla usual do Estado]
U.S.A.	United States of América (Estados Unidos da América), sigla usada em referências sem tradução do original em inglês
v.	Volume
*jan. / fev. / ...	Janeiro / fevereiro / ...

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
i. Objeto, escopo e contexto	19
i.a. O problema: o que é “adequado” como meio de solução de conflitos administrativos?.....	19
i.b. Estado da arte e motivação da pesquisa: a exortação da Administração aos enigmáticos meios “adequados” de solução de conflitos.....	19
i.c. Hipótese de trabalho, originalidade e tese	23
i.d. Recorte: delimitação do objeto de estudo e limitações do trabalho	24
ii. Premissas e marcos teóricos.....	27
ii.a. Adequação: noções preliminares	27
ii.b. Processualização administrativa e devido processo legal	31
ii.c. Política (pública) e desenho de solução de disputas	35
iii. Aspectos metodológicos	39
iii.a. Eficiência, Direito e Economia e direito comparado.....	40
iii.c. Referências dogmáticas, inferências empíricas e tipologias	44
iii.b. Estrutura e organização dos capítulos	47
iii.d. Observações formais e redacionais.....	48
PARTE I - PANORAMA DO TRATAMENTO DOS CONFLITOS NA ADMINISTRATIVA PÚBLICA.....	51
1. CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	53
1.1. Premissas conceituais.....	53
1.1.1. Conceito de “conflito”: aparente divergência sobre problemas alocativos	53
1.1.2. Disputa vs. requerimento; posições vs. interesses.....	56
1.1.3. Tipos gerais de conflitos	59
1.2. Conflitos administrativos no Brasil.....	61
1.2.1. Dimensão objetiva-substancial (matéria do conflito)	61
1.2.1.a. O que é objeto de conflitos na Administração Pública?	62
1.2.1.b. Conflitos administrativos	65
1.2.2. Dimensão subjetiva-institucional (atores do conflito)	72
1.2.2.a. A incompreendida “Fazenda Pública”: quem é o “Estado litigante”? ...	72
1.2.2.b. Relações administrativas controvertidas: entre o individual e o coletivo	91
1.2.3. Dimensão formal-procedimental (expressões do conflito).....	97
1.2.3.a. Como os conflitos administrativos ganham forma?	97
1.2.3.b. Formas que expressam a controvérsia administrativa	103
1.3. Notas de direito comparado	106
1.3.1. O “conflito administrativo” no contexto da jurisdição-dual da França	106
1.3.2. O “conflito administrativo” no contexto da jurisdição-una dos EUA	108

2. SOLUÇÕES EM CONFLITOS ADMINISTRATIVOS	113
2.1. Premissas conceituais	113
2.1.1. Conceito de “solução”: decisão <i>possível</i> de imperfeição <i>aceitável</i>	113
2.1.2. Racionalidade limitada: importância jurídica da imperfeição das decisões.....	117
2.1.3. Tipos gerais de soluções conforme os centros de decisão: heterocomposição, autocomposição e autotutela (revisitada)	120
2.2. Soluções em conflitos administrativos no Brasil	125
2.2.1. Dimensão objetiva-substancial (critérios de decisão)	125
2.2.1.a. Com base em que se dão soluções? A (falta de) objetividade no interesse público, na legalidade, na isonomia e (até mesmo) na eficiência	125
2.2.1.b. Espaços de decisão: zonas de (in)certezas e zonas de (des)acordo	135
2.2.2. Dimensão subjetiva-institucional (tomadores de decisão)	139
2.2.2.a. Quem está envolvido na construção da solução e por que isso importa? Pessoas, instituições e (des)confianças	139
2.2.2.b. Poderes de decisão: vinculação e discricionariedade em contexto com as capacidades institucionais	147
2.2.3. Dimensão formal-procedimental (expressões da decisão)	151
2.2.3.a. Como se chega às soluções? Notas sobre processos internos de tomada de decisões institucionais	151
2.2.3.b. Instrumentalização de soluções: atos, negócios e processos	155
2.3. Notas de direito comparado.....	162
2.3.1. França e a ideia de que “julgar a administração é administrar”	162
2.3.2. EUA: jurisdição una, mas soluções não só judiciárias.....	165
3. MÉTODOS DE SOLUÇÃO EM CONFLITOS ADMINISTRATIVOS	171
3.1. Premissas conceituais	171
3.1.1. Conceito de “método”: processo <i>falível</i> de tomada de decisão	171
3.1.2. Métodos “adequados” para quê e para quem?	175
3.1.3. Tipos gerais de métodos de solução de conflitos	179
3.2. Métodos de solução em conflitos administrativos	186
3.2.1. Dimensão objetiva-substancial (do que se trata).....	186
3.2.1.a. Entre o objeto e o objetivo: quais os fins dos meios de solução de conflitos administrativos?	186
3.2.1.b. O “objeto” a ser resolvido: micro-conflitos, macro-problemas	195
3.2.2. Dimensão subjetiva-institucional (quem joga e quem dá as cartas)	198
3.2.2.a. Quem decide o que é “adequado”?	198
3.2.2.b. Polos de tomada de decisão	205
3.2.3. Dimensão formal-procedimental (como faz)	212
3.2.3.a. Como a Administração brasileira (não) resolve seus conflitos?	212
3.2.3.b. Métodos e condutas fazendárias tipificadas	216
3.3. Notas de direito comparado.....	222
3.3.1. Em torno do sistema de jurisdição dual da França.....	222
3.3.1.a. Advocacia pública não-institucionalizada: jurisdição como “autotutela”	222
3.3.1.b. Reformas dos métodos tradicionais: a “justiça administrativa do amanhã”	225

3.3.1.c. Alternativas de métodos: o “(inter)mediador da República”	226
3.3.1.d. Em fase experimental: a Mediação Prévia Obrigatória (MPO)	230
3.3.2. Em torno do sistema de jurisdição una dos EUA	233
3.3.2.a. Advocacia pública institucionalizada: controle da litigância das políticas públicas e das políticas públicas de litigância	234
3.3.2.b. Reformas junto a métodos tradicionais: da deferência judiciária aos processos estruturais	237
3.3.2.c. Alternativas de métodos: a implementação da “política administrativa de ADRs”	242
3.3.2.d. EUA: a negociação regulatória (“reg-neg”) e o “legalismo adversarial”	248
3.3.3. Considerações comparativas entre Brasil, França e EUA	254

PARTE II - EXERCÍCIO DE ANÁLISE DAS IMPLÍCITAS POLÍTICAS DE TRATAMENTO DE CERTOS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS 263

4. POLÍTICAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA COBRANÇA TRIBUTÁRIA 265

4.1. Conflitos na cobrança tributária	266
4.1.1. Micro-perspectiva do conflito tributário	266
4.1.2. Macro-perspectiva do conflito tributário	267
4.2. Soluções de conflitos na cobrança tributária	269
4.3. Métodos de solução de conflitos na cobrança tributária	271
4.3.1. Método-paradigma: a execução fiscal	271
4.3.2. Uma alternativa a comparar: os programas de recuperação fiscal no Brasil	283
4.3.3. Direito comparado: “blanqueos” na Argentina e transações nos EUA	287
4.4. Considerações parciais	294
4.4.1. Indicativos de objetivos (interesses) públicos	294
4.4.2. Comparações e indicativos de “adequação”	298
4.4.3. À guisa de conclusão: impactos sistêmicos na análise de adequação	301

5. POLÍTICAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE PRESTAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS 305

5.1. Conflitos na prestação pública de fornecimento de medicamentos	306
5.1.1. Macro-perspectiva na prestação pública de fornecer medicamentos	307
5.1.2. Micro-perspectiva na prestação pública de fornecer medicamentos	309
5.2. Soluções de conflitos na prestação pública de forencer medicamentos	310
5.3. Métodos de solução de conflitos em políticas públicas de saúde	319
5.3.1. Método-paradigma: judicialização de tratamentos públicos de saúde	319
5.3.2. Uma alternativa a comparar: “câmaras” administrativas de “mediação”	325
5.3.3. Experiência estrangeira: processos “estruturais” em matéria de saúde	332
5.4. Considerações parciais	337
5.4.1. Indicativos de objetivos (interesses) públicos	338
5.4.2. Comparações e indicativos de adequação	339
5.4.3. À guisa de conclusão: impactos sistêmicos na análise de adequação	343

6. POLÍTICAS DE SOLUÇÃO EM CONFLITOS RELACIONADOS A CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA	349
6.1. Conflitos em contratos de infraestrutura	350
6.1.1. Macro-conflitos contratuais	350
6.1.2. Micro-conflitos contratuais: contratos incompletos, renegociações inevitáveis	352
6.2. Soluções de conflitos em contratações de infraestrutura pública.....	360
6.3. Métodos de solução de conflitos em contratações administrativas de infraestrutura.....	363
6.3.1. Método-paradigma: jurisdição judicial ou arbitral.....	363
6.3.2. Uma alternativa a comparar: comitê de resolução de disputas (<i>dispute board</i>)	373
6.3.3. Direito comparado: tribunais administrativos <i>com</i> negociação nos EUA	377
6.4. Considerações parciais	380
6.4.1. Indicativos de objetivos (interesses) públicos.....	380
6.4.2. Comparações e indicativos de adequação	383
6.4.3. À guisa de conclusão: impactos sistêmicos na análise de adequação	384
 CONCLUSÃO	 389
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 409
 ANEXO I.....	 433
ANEXO II – REFERÊNCIAS DO QUADRO 11	436
ANEXO III – REFERÊNCIAS DO QUADRO 20	442

LISTA DE FIGURAS GRÁFICAS

Quadro 1 - Assuntos das demandas ajuizadas na Justiça Comum – Brasil (2019).....	64
Quadro 2 – Os "100 maiores litigantes do Brasil": 11 primeiros colocados (2010/2011).....	84
Quadro 3 – Mapa de objetos e sujeitos jurídicos em conflitos estatais (Brasil)	91
Quadro 4 - Perfil de casos na Justiça Administrativa da França (2019)	106
Quadro 5 - Requerimentos ao "Mediador da República" (França, 2019)	108
Quadro 6 - Perfil das causas cíveis de advogados do governo federal dos EUA (2019).....	110
Quadro 7 - Processos de tomada de decisão "internos" ocultados na solução de conflitos	154
Quadro 8 – Adequação entre casos e métodos (Frank Sander).....	185
Quadro 9 – Polos de tomada de decisão no jogo de solução de conflito: paralelo entre pessoas públicas e privadas	207
Quadro 10 - “Prêmio Innovare”: exemplos de iniciativas vistas como “adequadas”	215
Quadro 11 – Solução de Conflitos nas Leis Orgânicas das Advocacias Públicas da União e dos Estados (Brasil, 2022)	217
Quadro 12 - Mediação Prévia Obrigatória (MPO): balanço do experimento (França, abril/2018 a março/2021)	230
Quadro 13 - Programas de ADRs na administração federal dos EUA (2005-2006)	244
Quadro 14 - Resultados quantitativos do programa de ADRs do Departamento de Justiça dos EUA (2013-2017).....	245
Quadro 15 - Modos de implementação de políticas e solução de disputas (R. Kagan)	250
Quadro 16 - Instituições de solução jurisdicional de conflitos da Administração: EUA, França, Brasil	256
Quadro 17 - Trajeto típico de um litígio administrativo: França, EUA, Brasil	257
Quadro 18 - Tempo e resultados das execuções fiscais federais (2009).....	280
Quadro 19 - Idem: apenas execuções ajuizadas pela PGFN (2009)	280
Quadro 20 – Câmaras Administrativas genéricas vs. especializadas em saúde (2022)	326
Quadro 21 – Litigância vs. essencialidade vs. acesso a serviços de saúde.....	341
Quadro 22 - Renegociações em PPP rodoviárias (Chile, Colômbia, Peru: 1993-2010).....	357
Quadro 23 – Perguntas a serem feitas na análise de “adequação”	408

Gráfico 1 - "100 maiores litigantes": processos acumulados por setor (até mar. 2010)	86
Gráfico 2 - "100 maiores litigantes": processos novos por setor (jan.-out./2011)	86
Gráfico 3 - Participação aproximada da Administração Pública em casos novos em 1º grau (Brasil, 2017-2020)	89
Gráfico 4 - Índice de confiança nas instituições (média 2006-2019).....	146
Gráfico 4 - Resultados qualitativos do programa de ADRs do Departamento de Justiça dos EUA (2017)	247
Gráfico 6 - Impacto dos parcelamentos tributários na arrecadação e no comportamento dos contribuintes (Brasil, projeção 2000-2030).....	286
Gráfico 7 - Ações judiciais sobre saúde pública e privada (Brasil, jan.-jul. 2022).....	320
Gráfico 8 - Renegociações a cada ano de contrato (G-20, 2005-2015)	359
Tabela 1 - Ideias-chave na análise da política de solução de controvérsias na cobrança tributária	308
Tabela 2 - ideias-chave na política de solução de controvérsias de fornecimento de medicamentos	351
Tabela 3 - ideias-chave na política de solução de controvérsias em contratos de infraestrutura	392

INTRODUÇÃO

I. OBJETO, ESCOPO E CONTEXTO

i.a. O problema: o que é “adequado” como meio de solução de conflitos administrativos?

Diante da exortação para que a Administração Pública se valha de “métodos *adequados* de solução de conflitos” e da conseqüentemente necessidade de identificar um método como *mais adequado* que outro, coloca-se a seguinte questão: *o que deve ser considerado para que um método seja qualificado como “adequado” para a solução de conflitos administrativos?*

Ao se trazer a Administração Pública para chamado “sistema multiportas” de resolução de litígios, em que cabe às partes optar por uma das alternativas de métodos, judiciais e extrajudiciais, colocadas à disposição pelo Direito para solução de conflitos, torna-se necessário compreender como tal escolha é (ou deveria ser) ser feita. A importância do tema cresce na medida em que, hoje, é enfática a defesa em prol de “métodos *adequados* de solução de conflitos”, em contraposição à mera expansão de “métodos *alternativos*” ao processo judicial tradicional. Dada a indeterminação do conceito de “adequação” e o atual estágio da discussão no âmbito administrativo, ainda é preciso compreender qual é a *racionalidade* que deve pautar essa escolha. Busca-se, por isso, entender quais são as balizas para que a Administração Pública delibere, com base em fatores racionais, a escolha do mecanismo resolutivo dos conflitos de que é parte.

i.b. Estado da arte e motivação da pesquisa: a exortação da Administração aos enigmáticos meios “adequados” de solução de conflitos

A motivação para a pergunta inicialmente enunciada deriva da percepção de que, atualmente, fala-se na necessidade de emprego de meios “adequados” de solução de conflitos na Administração Pública, mas há pouca clareza sobre os predicados que qualificam essa tal “adequação”. Tratando-se da esfera estatal, presume-se, evidentemente, que deve haver

alinhamento com o “interesse público”, conceito esse cuja indeterminação, contudo, pouco ajuda. É necessário, por isso, aprofundar o estudo.

No paradigma formalista que predominou no Direito na maior parte do século XX, ao Estado só seria lícito fazer o que está previsto em lei, enquanto aos particulares seria lícito tudo o que não fosse vedado em lei. Mesmo entre entes privados, porém, essa liberdade era restrita no âmbito processual, dito de “ordem pública”.¹ O processo era pré-determinado por lei, com caráter universalista, a ser aplicável a qualquer controvérsia (*one size fits all*).² Ao particular, cabia provocar sua marcha e, em momentos determinados, a opção de prosseguir ou interrompê-lo. Ao próprio Estado caberia marchar o processo previsto em lei, na sua integralidade. Dentro dessa racionalidade, pouco se questionava como o Estado deveria se conduzir em um litígio: devia seguir o processo previsto em lei, exercendo o contraditório na sua plenitude, de modo a, esgotando-o, fazer-se realizar o direito objetivo no caso concreto.³

Com a evolução desse paradigma, já no final do século XX, resgatou-se a relevância do interesse individual, seja para a solução do *mérito* da controvérsia, seja para o *método* de solução da controvérsia. A justiça jpa não se revela só pela via judiciária: há um sistema multiportas, com múltiplas ferramentas a serem escolhidas para tanto.⁴ Ao mesmo tempo, no setor público, passa-se a valorizar a horizontalização das relações entre cidadão e Estado, a ser pautada menos pela autoridade e mais pela consensualidade, por meio de um modo de agir processualizado.⁵ A Administração Pública passa, assim, a buscar, no citado sistema multiportas, modelos que possa utilizar nessa diversificação no agir estatal.

Nesse movimento de “meios alternativos de solução de conflitos” (MASC’s, mais conhecidos na sigla inglesa ADR’s: *Alternative Dispute Resolution*), é corrente a crítica ao adjetivo “alternativo”, propondo-se substituí-lo por “adequado”, a fim de enfatizar que

¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

² SALLES, Carlos Alberto de, *Execução judicial em matéria ambiental*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

³ Afinal, conforme formulação clássica, a jurisdição era vista como a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei”: CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 8.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 30.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século—o caso brasileiro, *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 57, p. 106–126, 2003.

mecanismos resolutivos de conflitos não necessariamente são sucedâneos uns dos outros.⁶ Nesse contexto, reconhece-se que “o movimento do ADR propagou entre nós uma situação em que formuladores de políticas públicas [*policy makers*] não podem se abster de fazer escolhas deliberadas, embora falíveis, entre as várias formas de processar disputas”.⁷

No Brasil, um marco desse movimento foi a edição da Resolução 125/2010 do CNJ, que, considerando, entre outros fundamentos, o fato de que a aplicação de alternativas como mediação e conciliação “tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”, instituiu uma “política pública judiciária de tratamento de conflitos”. Em 2015, o Poder Legislativo, encampando tal movimento, editou um conjunto de leis que podem ser consideradas como um “pacote de estímulos” à criação de ambientes institucionais aos quais se pudesse deslocar parte das demandas judicializadas. Nesse sentido, o CPC de 2015 prescreveu que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução de conflitos *deverão ser estimulados*” (art. 3º) e previu cadastro de “câmaras privadas” para prestarem serviço junto a Tribunais (art. 167). A Lei de Mediação, por sua vez, creditou reconhecimento legal às “instituições de mediação” (art. 41) e impulsionou (art. 32), juntamente com a reforma da Lei de Arbitragem (art. 1º, §1º), o próprio Estado a se valer dessas alternativas de métodos.

No setor público, passada a fase de convencimento de que a Administração pode solucionar conflitos por vias alternativas ao Judiciário, verificou-se uma proliferação de atos normativos prevendo essa possibilidade. Porém, em geral, são genéricos (*e.g.* Lei 13.140/2015, art. 32; CPC, art. 3º; entre outros) e não guiam o gestor público nessa escolha. Dentre as mais recentes disposições legislativas, destaca-se a previsão, na nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei 14.133/2021), que prevê a adoção de “métodos alternativos de prevenção e resolução de controvérsias”, exclusivamente para demandas relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis (ignorando que a mediação também é útil para interesses extrapatrimoniais) e impondo que a escolha de árbitros (não se sabe por que deixou outros terceiros imparciais de

⁶ Cf. SILVA, Paulo Eduardo Alves da, Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados, *in: Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*, São Paulo: Método, 2012, p. 1–24.

⁷ GALANTER, Marc, Compared to what? Assessing the quality of dispute processing, *Denver University Law Review*, v. 66, n. 3, p. xi–xiv, 1988, p. xi.

fora) por critérios “isonômicos, técnicos e transparentes” (sem dar indícios de como isso se daria na prática).

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

(...) Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Tais critérios não são claros na lei, na jurisprudência, nem na doutrina. Da tramitação legislativa, tampouco se localizou debate que indique a estratégia imaginada pelos legisladores. Algumas ideias parecem ser tomadas como premissas implícitas, a despeito da falta de referencial empírico, como a de que, em regra, a desjudicialização é positiva,⁸ mas, quando presente o interesse público, a via judicial seria mais protetiva.⁹

A exposição de motivos de outra lei recentemente editada (Lei 13.867/2019, que reformou o marco legal das desapropriações por utilidade pública: Decreto-Lei 3.365/1941) ratifica a desjudicialização como objetivo perseguido pelo legislador, ao lado de outros, como celeridade. Novamente, não se vê lastro empírico. Algumas qualidades chegam a ser presumidas pelo legislador como inerentes aspectos positivos de determinados métodos, como a “indiscutível rapidez” (palavras do relator do então projeto de lei) da mediação e da arbitragem:

“O que se vê, na realidade, são inúmeras desapropriações que duram anos, em razão da lentidão dos processos judiciais. (...). Isso porque trata-se de meios alternativos à solução de conflitos, em substituição à via judicial no Brasil, visto que com a sua utilização as partes consentem e convencionam dirimir suas controvérsias por meio de mediadores e árbitros. Além de descongestionar o Poder Judiciário, a possibilidade de mediação e a sentença arbitral possibilitam [resolver o conflito] com indiscutível rapidez por mediadores e árbitros especializados, viabilizando uma resolução mais célere do processo de desapropriação, com a consequente definição do valor de indenização a ser

⁸ Nesse contexto, vide o debate em torno do slogan, usado pelo CNJ, de que “conciliar é legal”: TARTUCE, Fernanda, Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?, in: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio G. L.; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.), *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 209–240.

⁹ BRASIL, Senado Federal; ANASTASIA, Senador Antonio, *Parecer n° P.S 181/2020 (Nova Lei de Licitações)*, Brasília: Senado Federal, 2020.

pago ao particular e a disponibilização do bem a ser desapropriado para atendimento do interesse público. Urge, pois, buscar alternativas no sentido de tornar o procedimento mais simples, menos demorado e mais eficiente”.¹⁰

À parte de outras questões a serem debatidas, pouco se nota, nesse movimento, preocupação com efeitos sistêmicos na adoção desses métodos.¹¹ Na Administração Pública, isso é especialmente relevante porque, na qualidade de zelador do interesse público, não pode o Estado deixar de se atentar para o impacto de suas escolhas. Ao contrário dos sujeitos privados, que, *a priori*, não têm obrigação de se preocupar com as externalidades de sua atividade, a razão-de-ser do Estado é justamente o de promover intervenções positivas na sociedade e regular as eventualmente negativas. Uma vez que o Estado é também ator nesse sistema, não pode deixar de fazer tal análise quanto aos seus próprios atos, litigiosos inclusive. Espera-se, ao longo deste trabalho, dar passos iniciais para esse debate.

i.c. Hipótese de trabalho, originalidade e tese

Com base nas indicações do próprio legislador, seria possível trabalhar com a hipótese de que critérios como celeridade e redução da litigância na forma judicial seriam indicadores de adequação, de modo que a racionalidade a ser seguida seria norteadas, em resumo, pela simples busca de eficiência na *eliminação do conflito*.¹² Entretanto, a eliminação de litígios *em si* não é um valor; deve ser conectada a objetivos maiores, de modo que não se pode reduzir a visão do tratamento de conflitos ao mero arquivamento de processos. Por outro lado, tentar abraçar toda a complexidade desse fenômeno tampouco é praticável. Diante disso, e com base na premissa de que é razão-de-ser do Estado a realização de intervenções positivas para a

¹⁰ BRASIL, Câmara dos Deputados; CURY, Eduardo (Deputado), *Parecer do relator ao Projeto de Lei nº 10.061, de 2018*, Portal da Câmara dos Deputados, disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2172485>>. acesso em: 30 abr. 2021. Sublinhou-se.

¹¹ Uma exceção talvez seja o setor tributário, a ser aprofundado (Capítulo 4).

¹² Essa percepção é constatada assim no Brasil como em outros países: TAKAHASHI, Bruno, *Jurisdição e litigiosidade: partes e instituições em conflito*, Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 220.

sociedade, trabalha-se, nesta tese, a hipótese de que *efeitos socioeconômicos sistêmicos* constituam um critério a pautar essa racionalidade.¹³

Considerando que, no atual estado da arte, processualistas já têm relativo amadurecimento no debate quanto ao funcionamento do “sistema multiportas” de alternativas de “métodos de solução de conflitos”, e que, de outro lado, administrativistas reconhecem a possibilidade e a importância dessa diversificação de modos resolutivos de divergências na Administração Pública, o presente estudo, cumprindo o requisito de originalidade e contribuição à ciência, busca avançar em alguns aspectos. Para tanto, propõe uma abordagem conjunta das visões processualista e administrativista, associada a referências empíricas analisadas com apoio da análise econômica do Direito. Com isso, objetiva-se demonstrar a existência de elementos teóricos e empíricos coerentes com a tese aqui sustentada: a *adequação* processual em controvérsias administrativas é *relativa*, depende de *comparação* dos impactos sistêmicos provocados por cada alternativa e de *escolhas* que, embora *conscientes* sobre falhas e riscos, visem a *fomentar* os objetivos constitucionais e as metas democraticamente priorizadas pela sociedade, de modo que devem, enfim, serem programados como *política pública*.

i.d. Recorte: delimitação do objeto de estudo e limitações do trabalho

O problema posto é amplo e comporta perspectivas diversas, que não caberiam em um só estudo. Um olhar mais largo poderia focar na adequação política dos mecanismos de solução de controvérsias administrativas, aproximando-se de um estudo de direito constitucional. Um olhar mais estreito poderia focar em uma categoria jurídica específica, como fazem alguns estudos de direito administrativo, ou em um só mecanismo de solução, como tradicionalmente feito em relação ao processo civil (ou mesmo em estudo de caso de uma só controvérsia, como nos estudos de caso). Igualmente, seria possível abordagem exclusivamente

¹³ Em trabalho anterior, já foi defendido que “a opção estatal pela arbitragem pode fazer parte de um contexto maior”, cuja preocupação não seja apenas seu uso naquele caso concreto, mas sinalizar “uma política contratual adotada pela Administração com vistas a obter resultados mais eficientes nos contratos de um determinado setor, a longo prazo”. Esta percepção foi gérmen para que, agora, seja explorada a ideia de que resultados diferentes podem advir da decisão estatal de solucionar conflitos por este ou aquele método, o que deve ser considerado na “análise de adequação”. Cf. MEGNA, Bruno Lopes, *Arbitragem e Administração Pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 181.

teórica, ou exclusivamente focada na empiria. Muitas dessas abordagens já têm seu espaço na produção científica do Direito e, em alguns casos, já se encontram em estágio avançado.¹⁴

Tenta-se, aqui, explorar um espaço que faça uma ponte entre esses estudos, entre o teórico e o empírico, entre a processualística e a doutrina administrativista. A opção por essa abordagem intermediária se dá não porque se rejeitem outras (ao contrário, busca-se convergê-las); acredita-se, contudo, que há pontos cegos nesse campo que precisam ser explorados. Entre a abstração de conceitos como “interesse público” e “adequação” e o balcão do burocrata estatal, há um espaço em que se matizam decisões e que merece luz.

Optou-se por se concentrar nos conflitos de interesses *subjetivos*, de natureza *cível*, em que a Administração Pública *direta brasileira* costume figurar como *parte*. Não se deu foco a setores regulados específicos, seja porque já costumam ser abrangidos por estudos próprios, seja porque a natureza da função administrativa, neste âmbito, tornaria mais difícil discernir o impacto da escolha do método de solução da controvérsia dentro do contexto da intervenção estatal na economia em si. Por razões semelhantes, tampouco se deu foco para conflitos de natureza transindividual difusa (*e.g.* ambiental), pois também apresentariam a citada dificuldade de discernimento, bem como já são objeto de estudos próprios;¹⁵ ademais, na prática, tendem a envolver outros atores públicos, como o Ministério Público, o que agregaria complexidade excessiva ao atual estágio, bem como prejudicaria o foco desejado nos formuladores e executores de políticas administrativas. No mesmo sentido, é de se reconhecer que o trabalho é focado em controvérsias que pressupõem problemas alocativos, distanciando-se de outras cujo núcleo não seja necessariamente alocativo (*e.g.* transparência, proteção de dados, liberdade de expressão e de imprensa¹⁶ — o que não significa que sua realização não implique custos e escolhas). Além de excluir controvérsias criminais, também não se deu foco para casos dolosos em geral, como de improbidade, a fim de se manter em vista a fisiologia do

¹⁴ Nesse sentido, apontando o avanço nos estudos sobre a “judicialização de políticas públicas”, pautada na separação dos poderes, bem como defendendo a necessidade de outras frentes de análise que se desapeguem dessa perspectiva: SOUZA, Rodrigo Pagani de, Em busca de uma administração pública de resultados, *in*: SOUZA, Rodrigo Pagani de; PEREZ, Marcos Augusto (Orgs.), *Controle da administração pública*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 59. — Em sentido próximo:

¹⁵ A propósito, destacando a necessidade de criar outra frente de pesquisa além daquela criada em torno da judicialização de políticas públicas, que “não envereda necessariamente por uma análise da relação entre meios e fins na gestão pública totalmente desprendida de preocupações com o princípio da separação dos poderes”: *Ibid.*

¹⁶ O caráter não-alocativo de discussões de liberdade de imprensa é discutido, à luz do caso *Pentagon Papers (New York Times Co vs. United States, 1971)* em: KOMESAR, Neil K., *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*, Chicago: University of Chicago Press, 1994, p. 44–49.

fenômeno, não as patologias, conquanto se reconheça, evidentemente, que a fisiologia do sistema existe também para coibir patologias.

Com isso em vista, este trabalho tenta congrega, na Parte I, um mapeamento das categorias jurídicas fundamentais implicadas no fenômeno da solução de controvérsias administrativas, com um panorama de sua aplicação prática no Brasil, dando um passo de aprofundamento, na Parte II, com o estudo de alguns *agrupamentos de casos*¹⁷ de conflituosidade administrativa. Do ponto de vista da matéria discutida, buscou-se selecionar casos cuja controvérsia dissessem respeito (i) ao exercício direto do poder de império estatal; (ii) a obrigações prestacionais do Estado na promoção do bem-estar-social e (iii) à gerência burocrática dos negócios estatais. Do ponto de vista dos sujeitos envolvidos, buscaram-se disputas com nuances (a) coletivas, (b) individuais homogêneas e (c) individuais não-homogêneas. Após pesquisa exploratória que considerou os dados disponíveis e a possibilidade de inferências úteis para o escopo da tese, foram selecionados para estudo: a cobrança tributária (império estatal/individual homogêneo); a demanda por tratamento público de saúde (prestação social/coletiva do ponto de vista macro, embora individual do ponto de vista micro); litígios em

¹⁷ Concepção de Marc Galanter ao se referir a grupos de casos cujo conjunto compartilha características, histórias, contingências e dinâmica comuns. Trata-se de estudar “a maneira como um conjunto de casos decorrentes de um evento, produto ou reivindicação específica forma uma congregação de casos que exibem características comuns e traçam uma trajetória discernível ao longo do tempo. Tal carreira está relacionada, mas não exclusivamente determinada pelo curso da atividade social subjacente ao tipo de caso. A relação de atividade e congregação de caso é mediada por uma estrutura complexa de atividade disputada (incluindo normas, disposições cognitivas, instituições de acesso, interesses e recursos, apoio social, serviços jurídicos e muito mais). Além dessas influências externas, o próprio litígio influencia seu curso futuro por vários efeitos na atividade subjacente, na organização da disputa sobre ela e no cenário legal. Esses efeitos endógenos incluem efeitos holísticos associados ao tamanho e distribuição da congregação e efeitos de carreira associados à forma como a congregação se desenvolve ao longo do tempo. O delineamento desses vários efeitos sugere que o litígio vive “uma vida própria”, em parte independente de eventos subjacentes no mundo exterior, mas que as regularidades no processo de litígio não são redutíveis a um padrão abrangente, uma vez que a atividade é interativa e estratégica”: GALANTER, Marc, *Case congregations and their careers*, *Law & Society Review*, v. 24, p. 371–395, 1990. — Note-se que tais agrupamento até podem coincidir com o que, nos tribunais, seriam grupos de casos selecionados para tratamento por incidente de resolução de demandas repetitivas, entre outros modos de julgamento de múltiplos casos afins. No entanto, busca-se aqui escopo mais amplo, que permita não só a análise à vista do tratamento judiciário, mas também uma análise que permita verificar o comportamento dessas demandas em vias alternativas. — Tal recorte se aproxima de estudo de caso no sentido de analisar uma problemática de contornos delimitados, não de estudo de casos individualizados, o que seria impertinente para nesta proposta cujo foco é, justamente, identificar repercussões sistêmicas decorrentes do tratamento de conflitos administrativos. Aproxima-se do estudo “de ‘caso’ não como ‘processo’ ou julgado determinado, mas [de] um problema específico levado à apreciação do Poder Judiciário” realizado em: SALLES, Carlos Alberto de, *Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil*, in: SALLES, Carlos Alberto de (Org.), *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 807.

contratos de infraestrutura (gerência estatal, individuais não-homogêneas quando consideradas especificidades das obras e dos contratos, mas influenciadas por interesses macro relevantes).¹⁸

II. PREMISSAS E MARCOS TEÓRICOS

ii.a. Adequação: noções preliminares

Muito se fala em métodos “adequados” de solução de conflitos, mas pouca clareza há sobre o que é essa “adequação”. Tal noção será mapeada ao longo do trabalho. Desde já, porém, cabem algumas noções iniciais.

O conceito de adequação não é unívoco. No vernáculo, refere-se a “ajuste, correspondência, conformidade entre coisas ou pessoas, ou entre coisas e pessoas”, sinônimo de acomodação; na filosofia, refere-se à “conformidade entre a imagem que se tem da realidade e a realidade propriamente dita”.¹⁹ No Direito, é comum remeter à pertinência entre meios e fins.

No direito processual, isso é visto em noções como a do *interesse-adequação* de agir, na qual “adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado”.²⁰ Trata-se de decorrência do fato de que o Estado veda a autotutela privada, mas não desperdiça seu monopólio da força, valendo-se da análise de adequação por razão de *economia processual*.²¹ Inegavelmente, tem-se aí uma ponderação de custo/benefício.

No direito constitucional, a adequação é mencionada como um dos elementos da *proporcionalidade* (que se desdobra em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Virgílio Afonso da Silva explica, que, neste âmbito, “adequado (...) não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a

¹⁸ Sem prejuízo de citação incidental ao longo do trabalho, optou-se por selecionar casos que não tratassem de controvérsias puramente regulatórias, a fim de facilitar o discernimento dos efeitos decorrentes do modo de tratamento do conflito em relação a outros efeitos próprios da intervenção estatal.

¹⁹ AULETE, Caldas, *Dicionário Caldas Aulete*, disponível em: <aulete.com.br>. acesso em: 6 jun. 2020.

²⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 29^a. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 289.

²¹ Em sentido próximo, apontando a necessidade de “coerência funcional” no sistema, condizente com os “objetivos do processo”, e que as condições da ação visa a atender ao princípio da economia: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 374 e 368.

realização de um objetivo é *fomentada*, promovida, *ainda que o objetivo não seja completamente realizado*”, de sorte que não denota um conceito absoluto, em termos de tudo ou nada; ademais, “a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito”, o que é relevante por indicar que, em si, tampouco denota a legalidade ou ilegalidade (ou inconstitucionalidade) de uma medida, que, acaso passe pelo crivo da adequação (ou seja, em tese, ao menos promove o objetivo visado), ainda deve passar pelo juízo da necessidade (relacionada, entre outras, com a premissa da subsidiariedade da intervenção estatal), bem como da proporcionalidade em sentido estrito (relacionada ao sopesamento de intensidade quanto a restrição de direitos fundamentais).²²

No direito administrativo, compreender a referida noção de adequação como *fomento* de um objetivo é importante, pois é o que dá operacionalidade para o mandamento de persecução do “interesse público” e até mesmo para o princípio da legalidade. Na medida em que “interesse público” é não só um conceito jurídico indeterminado, mas também uma noção que, no *Estado pluriclasse*,²³ é permissiva de contradições, é impossível “atingi-lo”; por consequência, é igualmente impossível falar em “adequação” em termos absolutos. Pelo mesmo motivo,²⁴ e tendo em vista que, por razões de *racionalidade limitada*,²⁵ a abstração da lei é incapaz de exaurir todas as questões de “interesse público”, tampouco se pode adotar uma noção legalista de adequação; ou seja, o delineamento do que seja “adequado” não é tarefa que possa ser esgotada apenas na via legislativa, *in abstracto*. Para se falar em adequação administrativa, mostra-se indispensável olhar para o mundo concreto.²⁶

²² SILVA, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23–50, 2002, p. 36–37 e 34 (respectivamente).

²³ O conceito de “sociedade pluriclasse” e de “Estado pluriclasse”, em cujas instituições estão virtualmente representadas todas as classes sociais, de modo que são representados interesses até mesmo contraditórios, o que apresenta um acréscimo de complexidade em relação ao “Estado monoclasse” absolutista e até mesmo ao “Estado burguês”, formalmente igualitário apesar de materialmente desigual, é de: GIANNINI, Massimo Severo, *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna: Mulino, 1986, p. 46–57.

²⁴ Aliás, o que faz o sistema jurídico ser um sistema funcional e que extrai de seus procedimentos legitimidade para atuar é, justamente, a capacidade de “operar simultaneamente sob premissas contraditórias e, por esse meio, aumentar o número de possibilidades de atuação e, portanto, a complexidade”: LUHMANN, Niklas, *Legitimação pelo procedimento*, Tradução do original de 1969. Brasília: UnB, 1980, p. 198.

²⁵ **Racionalidade limitada** (*bounded rationality*) é “a ideia de que quando indivíduos fazem decisões, eles estão ‘constritos’ [*bounded*] ou limitados por causa de informações inadequadas, limitações cognitivas inerentes à mente humana e restrições de tempo (...) é uma das pedras angulares da teoria da escolha racional e informa muitas áreas científicas”: *Encyclopedia of law and economics*, New York: Springer, 2019, p. 147.

²⁶ Não por acaso, é um conceito clássico da filosofia, conhecido dos processualistas, a ideia de que “adequação” (*adaequatio intellectus cum re*) corresponde à “conformidade da noção ideológica com a realidade”. Cf.

Quando o Estado é parte de um conflito, essas noções se tornam ainda mais complexas. Ao regular os objetivos da República, o constituinte enumerou metas amplas, mas direcionadas (*e.g.* deve-se buscar desenvolvimento e redução de desigualdades, não o contrário: art. 3º da CF ²⁷). Ao regular os princípios da Administração, igualmente prescreveu direcionamentos (*e.g.* deve-se buscar eficiência e impessoalidade: art. 37 da CF). Ao regular conflitos entre particulares, por sua vez, o constituinte e o legislador continuam buscando interesses públicos, de “pacificação social”, balizando (mas preservando) espaços de liberdade (*e.g.* por meio do devido processo legal: art. 5º, XXXV, da CF).²⁸ Todos esses cenários convergem quando a parte do conflito é a própria Administração Pública. A situação conflituosa não a desnatura: continua sendo expressão daquele mesmo Estado, interessado naqueles objetivos constitucionais, nos princípios administrativos, na pacificação social pelo devido processo legal, no respeito à liberdade privada e, diante do caso concreto, em algum interesse mais específico que deverá se alinhar com todos esses demais.

Dada essa complexidade das próprias finalidades do Estado, não é simples traçar a “pertinência entre meios e fins” que o conceito de adequação pressupõe:²⁹ *e.g.* o fim da execução fiscal é garantir a arrecadação em cada caso de dívida ativa tributária ou é outro, como o garantir sentimento de cogência das regras fiscais? Se ambos são fins, como conciliá-los? Nota-se que, antes de se afirmar que algo é “adequado” ou de “interesse público” na solução de um conflito administrativo, é preciso dar alguns passos para trás e olhar para um horizonte

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 271. — Tal acepção, de que, no ramo filosófico, “adequação” é a “correspondência entre a imagem intelectual de uma realidade e a realidade em si”, é reconhecida até mesmo como vernacular: AULETE, *Dicionário Caldas Aulete*.

²⁷ CF, Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

²⁸ “Os escopos da jurisdição em si mesma, não das partes”, seriam: (a) realizar o direito objetivo (*escopo jurídico*, de resolver a “lide jurídica”); (b) afirmar a autoridade do ordenamento jurídico (*escopo político*); (c) promover a *pacificação social com justiça*, isto é, “eliminar conflitos mediante critérios justos” (*escopo social*, resolver a “lide sociológica”): CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 158.

²⁹ Em sentido próximo, afirmando, ao tratar do “teste de proporcionalidade”, que “na visão assente no Brasil, a realização desse teste requer um *exame sobre adequação (o meio promove o fim?)*”: SALAMA, Bruno Meyerhof, *Análise econômica do direito*, Enciclopédia Jurídica da PUCSP, disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>>. acesso em: 28 dez. 2022. Itálico acrescentado.

maior,³⁰ que permita ver o alinhamento processual do caso concreto aos objetivos mais amplos do Estado. Na prática, porém, esse tipo de indagação é raramente enfrentado, talvez porque sequer a ciência evoluiu em relação aos métodos de analisá-la.

Por isso, e para fins didáticos, busca-se aqui traçar uma grade de análise.

Dentre as existentes, destaca-se a de Galeno Lacerda, que, olhando apenas para o processo judicial, apontou três ordens de *adequação*: (a) *objetiva*, que trata da pertinência em relação ao bem jurídico do direito material, cujas características “influ[em] necessariamente nas regras do processo” e que “fatalmente se alteram, na medida em que crescer a tônica de indisponibilidade do objeto” ou em que “se inserirem na lide material imperativos oriundos de interesses de ordem pública ou simplesmente públicos”, casos esses nos quais “mais difícil e condicionada será a disponibilidade do objeto e, portanto, do processo também”; (b) *subjetiva*, que trata da pertinência do instrumento ao sujeito que o maneja (“o cinzel de Aleijadinho, forçosamente, não se identifica com um cinzel comum”; “se transformam as regras de competência *ratione personae*, se a parte for a Fazenda Pública”); (c) *teleológica*, que se refere às funções da jurisdição e às finalidades distintas das tutelas providas à luz de valores e fins jurídicos diversificados, como a igualdade entre as partes e as “conveniências políticas, econômicas e sociais, de rápida eliminação de determinados conflitos”.³¹

Nesta tese, porém, não se olha para um só método (o judicial), mas para todo o “sistema multiportas” (isto é, toda a paleta de meios resolutivos de conflitos disponíveis no Direito). Tampouco se olha para partes genericamente consideradas, mas para uma parte específica (a Administração estatal). Por isso, adotou-se aqui uma grade de análise inspirada na de Galeno Lacerda, mas com algumas adaptações.

Quanto à **dimensão objetiva-substancial**, que tem em vista a matéria em discussão, tentou-se manter olhar crítico sobre determinadas noções dogmáticas (como a de “indisponibilidade” de direitos).

³⁰ Propondo essa abordagem: TAKAHASHI, *Jurisdição e litigiosidade*. — Em sentido próximo, afirmando que a “adequação” é tema destinado ao legislador, cabendo ao juiz a “adaptação” do procedimento: GAJARDONI, Fernando Da Fonseca, *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, Doutorado (Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 203 (citação) e 248.

³¹ LACERDA, Galeno, O Código como sistema legal de adequação do processo, in: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Org.), *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 251–258, citações extraídas das p. 253-256. p. 253, 254 e

Na **dimensão subjetiva-institucional**, que tem em vista os atores envolvidos, manteve-se em mente que a contenda administrativa envolve *instituições*,³² de modo que não pode ser pensada como disputa entre indivíduos; ademais, nela, um dos sujeitos (o Estado) é, na verdade, expressão de um sistema que se apresenta perante o conflito ora como parte, ora como julgador, ora como formulador das regras processuais — sem, contudo, alterar os *objetivos constitucionais* que regem todas as facetas desse sistema.

Por fim, apelidou-se de **dimensão formal-instrumental** a que se refere aos modos pelos quais tais atores se articulam em torno da matéria discutida. Não se usou a *teleologia* como terceira dimensão, como feito por Galeno Lacerda, justamente porque a unidade de objetivos constitucionais que rege as *instituições* estatais faz com que as demais dimensões (objetiva e subjetiva) também tenham desígnios teleológicos.³³ A perspectiva teleológica é, assim, alçada a fio condutor de todas as dimensões da adequação processual.

ii.b. Processualização administrativa e devido processo legal

“O processo é miniatura do Estado democrático (ou microcosmos do Estado-de-direito)”.³⁴ Animado por esse ideal, o processo administrativo tem sido visto como um modo mais adequado do agir estatal, sobretudo em comparação com modelos anteriores de vieses mais autoritários. Diferentemente do processo judicial, cuja vocação tradicional é de “realizar

³² A teoria da instituição, conforme formulada por Maurice Hauriou, entende que “as instituições são fundadas graças a um poder, mas este deixa lugar a uma forma de consentimento”; tal autor se propôs a investigar o problema “de saber onde se encontra, na sociedade, o poder criado”, concluindo, após rever os extremos das teorias objetivistas e subjetivistas, que “as instituições são uma ideia de obra ou empresa que duram juridicamente em um meio social”, cujos interessados se manifestam junto aos órgãos de poder organizados para realizar aquela ideia e são “regramentos por procedimentos”: HAURIUO, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*, tradução do original de 1925. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, p. 31, 36, 38, 40.

³³ “Não é só sobre a perspectiva do direito material que os procedimentos devem ser modelados, eis que as condições particulares das partes, em Estado que preza pela igualdade substancial (art. 5º, caput, da Constituição Federal), também devem incluir nas opções desta natureza”: GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, p. 203 (citação) e 248. O autor concebe quatro “modelos de flexibilidade procedimental”: (a) flexibilidade legal genérica, pelo qual o legislador estabelece cláusulas gerais que permite ao juiz o encaminhamento de casos singulares; (b) flexibilidade procedimental legal alternativa, que seria o padrão brasileiro, que permite flexibilização, porém, “pré-determina os atos processuais possíveis de serem adequados à situação concreta”; (c) flexibilidade procedimental judicial, que seria o “genuíno caso de flexibilização”, que permite a utilização de procedimento diverso do legal; (d) flexibilidade procedimental voluntária, que competiria às partes (p. 248).

³⁴ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 369.

concretamente decisões já previamente tomadas pela lei”, o processo administrativo é também “veículo para a criação da utilidade pública, para produção de decisões que não estão antecipadamente dadas”. Mais que isso, é um modo de ouvir e dialogar, como fica claro em procedimentos que têm ganhado notoriedade nesse contexto, como a audiência pública e a consulta pública.³⁵ É possível visualizar, assim, o **processo como meio democrático de comunicação** entre a Administração e o cidadão; é a via pela qual os indivíduos materializam sua interlocução com a organização estatal, a ser realizada conforme valores instrumentais da democracia, de modo que, não só pela abstrata legitimidade política dos atos estatais, mas também pela concreta participação e influência nas tomadas de decisão do Estado, a sociedade se reconheça no ciclo em que é tanto fonte como destinatária desse poder.³⁶

Tal noção remonta à própria origem do Estado de Direito, na qual a cláusula do **devido processo legal** é um mandamento de racionalidade das decisões estatais. É *legal* na medida em que traduza uma relação de meios e fins coerentes com os valores *devidos* de acordo com o ordenamento jurídico, e *processual* por se referir a processos de tomada de decisão (*decision-making processes*) em geral, tratando não só de aspecto procedimental (*procedural due process*), mas também requisito de racionalidade e proteção contra o arbítrio (= ausência de racionalidade) dos atos do Poder Público (*substantive due process*).³⁷ Por isso, modernamente, tem-se como processos *jurídicos* aqueles que regulam o exercício de *poderes* em geral.³⁸

Assim, princípios como contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF), entre outros postulados do devido processo legal, se aplicam não só ao processo judicial, mas a

³⁵ SUNDFELD, CARLOS ARI, O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil, *in*: NOHARA, Irene Patricia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Orgs.), *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.787/99*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

³⁶ A propósito da valorização, na sociedade atual, de autorreconhecimento no sistema jurídico: HABERMAS, Jürgen, *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*, tradução do original alemão de 1992. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 120.

³⁷ Segundo a Suprema Corte dos EUA, “o devido processo legal e a igualdade de proteção requerem que as leis tenham uma ‘relação substancial [e] real’ com algum propósito público legítimo”. Contudo, é contida na aplicação desse controle, sendo muitas vezes deferente aos demais Poderes, na esteira do entendimento, também da Suprema Corte, de que “tribunais não devem declarar [uma lei] como inconstitucional, exceto se claramente o for”: PONOMARENKO, Maria, Administrative Rationality Review, *Virginia Law Review*, v. 104, p. 1399–1469, 2018, p. 1410., citando os casos *Mugler v. Kansas* (1887) e *Munn v. Illinois* (1876), respectivamente.

³⁸ SALLES, Carlos Alberto de, Processo: procedimento dotado de normatividade: uma proposta de unificação conceitual, *in*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.), *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 212–214. No texto, o autor recupera, de Reinaldo Lima Lopes, a ideia de “*modelo legal-racional de Direito*”.

tomadas de decisão estatais como um todo.³⁹ Assim, juntamente com a exigência de *razoável* pertinência entre meios e fins — a começar pelas finalidades constitucionais, e se excluindo, portanto, os desvios de finalidade (*e.g.* abusos de poder, favorecimentos) —, tem-se que o processo legalmente devido não se presta a produzir decisões arbitrárias ou descriteriosas, tampouco amadoras.⁴⁰ Nesse sentido, modernamente, vê-se que pode haver “processo” até mesmo fora do âmbito estatal (*e.g.* arbitragem).⁴¹

Esse núcleo duro do devido processo legal se aplica à solução de conflitos administrativos em geral, seja (i) por haver um procedimento administrativo subjacente (o de tomada de decisão: cf. 2.2.3) à relação conflituosa da Administração, atraindo o contraditório (art. 5º, LV, CF); (ii) porque os valores da *instrumentalidade da processo* se estendem a todos os métodos, cuja flexibilidade das formas não pode significar fuga à exigência de *decisão impessoal e informada* (art. 106, CPC); ou, ainda, (iii) porque a processualidade que sustenta a jurisdição nela não se esgota, mas se estende a outros mecanismos que visem a, por meio de um *processo justo e equo*, levar ao “acesso à Justiça” no sentido de acesso à “ordem jurídica justa”.⁴² Na processualidade, há, assim, um “entrelaçamento entre os princípios do processo judicial e os princípios do direito administrativo”.⁴³

³⁹ “Mais amplo que o de processo jurisdicional, direito processual estatal é a disciplina do exercício do poder estatal pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante a participação do interessado, ou interessados”: Cf. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 84. Itálicos suprimidos.

⁴⁰ Dando feições à *processualidade mínima* comum aos processos jurídicos-estatais, tem-se o *binômio isonomia-autonomia*: (a) isonomia vertida em impessoalidade, imparcialidade e equidistância do julgador e igualdade para manifestar vontade; (b) autonomia traduzida pelo autorregramento (= o decisor é o próprio destinatário da decisão), (b.1) em abstrato, pela via democrática indireta da lei, (b.2.) em concreto, pela participação com iguais e efetivas oportunidades de influir na decisão (contraditório, se processo adjudicatório, e liberdade na manifestação de vontade, em qualquer caso). Avança-se, assim, em relação à ideia desenvolvida, com olhar especial para arbitragem, de *processualidade mínima* como “núcleo duro do devido processo legal” composto por isonomia (igualdade das partes e imparcialidade do julgador), autonomia (regramento legal e contraditório) e imparcialidade do julgador (que aqui se apresenta como parte da “isonomia”, que não existe sem imparcialidade), em: MEGNA, Bruno Lopes, *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 69–79. — No sentido do processo como meio contra o amadorismo administrativo: SOUZA, Em busca de uma administração pública de resultados, p. 51..

⁴¹ Cf. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 74.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 377. GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, p. 30. — A Resolução nº 125/2010 do CNJ afirma, ainda, que considera “que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, *verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria*”.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini, Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais, *Revista Mestrado em Direito*, v. 7, n. 2, p. 169–195, 2007, p. 169.

A processualidade administrativa têm, como é próprio dos processos jurídicos, escopos maiores que a materialização do procedimento: garante ao indivíduo tutela às liberdades por meio da contenção do poder estatal e à sociedade controle da impessoalidade e da razoabilidade da atuação do Estado. Bem compreendida, garante, ainda, à própria burocracia estatal, um *método de trabalho* no qual pode se fiar, permitindo à Administração se programar, especializar, profissionalizar e, criando espaços (ou etapas) dos foros mais políticos, aliviar o ônus de obter informações, consenso e cooperação a cada ato.⁴⁴ Deste modo, não se concebe que cada processo administrativo mimetize uma ágora, uma praça pública de democracia direta; ainda assim, é possível conceber uma *arena pública*⁴⁵ na qual a relação entre Estado e cidadão é mais horizontal, dialogada e, se possível, consensual.

Por esses motivos, práticos e democráticos, atualmente, “todo curso de direito administrativo é, em grande parte, curso de processo administrativo”, como observado por Cândido Rangel Dinamarco, que aponta, ainda, diferenças importantes entre a visão dos processualistas, acostumados com clara separação entre relação processual e a de direito material — e a tratar, “não sem desdém”, do procedimento administrativo, “frequentemente acompanhado do adjetivo *mero: mero procedimento*”, como se ali processo não houvesse — e a visão dos administrativistas, que pouco distinguem o “direito processual administrativo” do “direito material administrativo”.⁴⁶

Não é pretensão desta tese se aventurar nessa discussão. Para os fins aqui propostos, porém, é importante notar desde já que a solução de conflitos administrativos pode

⁴⁴ Nesse sentido, Niklas Luhmann aponta que o sistema de tomada de decisões estatais ocorre em camadas, mediante “diferenciação funcional” de seus agentes, que conseguem “operar simultaneamente sob premissas contraditórias” e, assim, “aumentar o número de possibilidades de atuação”; no âmbito da “programação condicional das decisões administrativas”, que difere dos processos políticos e jurisdicionais, “racionalizar significa orientação específica de funções”, aliviando, a cada especificação, o esforço de obter informações, consenso e cooperação: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 165–175 e 199. — A ideia de que a organização burocrática do Estado é uma conquista de racionalização, em contraposição ao antigo regime de dominação patrimonial, tem raiz em: WEBER, Max, *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, Brasil: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 326. — Qualificando o processo como “método de trabalho”: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 49.

⁴⁵ A ideia de uma nova “arena pública”, em que muda a “natureza do poder público e de seu agir legal-racional, movido de cima para baixo (pela lei), o lugar reservado à lei e suas implicações (legalidade e tipicidade) e relações público-privado”, é de: CASSESE, Sabino, *L’arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, p. 601–650, 2001.

⁴⁶ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 82. — Apontando que, mesmo em relação a conceitos de direito privado, haveria tal dificuldade, como em torno do “contrato”, em que se costuma confundir “o procedimento específico pelo qual são criados os deveres e direitos contratuais das partes contratantes quanto a norma contratual criada por esse procedimento”: KELSEN, Hans, *Teoria geral do direito e do estado*, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 200.

envolver **mais de um processo concomitante**.⁴⁷ Na ação judicial cujo autor requer desaposeição que fora negada pelo Estado, por exemplo, vislumbram-se, ao menos, o processo judicial (relação processual triangular entre autor, Estado-administração e Estado-juiz), o processo administrativo que negou a desaposeição (relação processual administrativa entre o cidadão e o Estado-administração, que existiu independentemente da procedência do mérito discutido); o processo normativo que regulamenta as respectivas alçadas de competência e os parâmetros de decisão do agente público que apreciou o tal requerimento, o processo legislativo que disciplinou a matéria em abstrata, entre outros possíveis (e.g. processos de terceiros que serviram de precedente administrativo ou judicial).

Corroboram-se, com isso, a opção deste trabalho que, ao abordar separadamente a “solução” do “método de solução do conflito”, facilita a percepção de que, do ponto de vista administrativo, uma e outra implicam *processos* (de tomada de decisão) distintos.

ii.c. Política (pública) e desenho de solução de disputas

Não é objetivo desta tese conceituar ou dissertar sobre a complexa discussão teórica em torno de conceitos tão plurívocos como Direito, regulação, política pública ou desenho de solução de disputas, cujas conceituações são complexas e se entrelaçam. Diferentes autores se reportam a essas noções valendo-se de termos comuns. Basta, aqui, fixar algumas premissas, com intuito de alinhar a compreensão do trabalho.

O termo “política pública” é polissêmico e, a rigor, não exclusivo do Direito, pois a ele se agregam elementos que não são exclusivamente jurídicos, em especial os de caráter político e burocrático-gerencial. Para alguns, “política pública é qualquer coisa que o governo escolhe fazer ou deixar de fazer” e “concerne àquilo que o governo faz, por que faz, e que diferença isso faz”.⁴⁸ Para outros, aproxima-se da ideia de “metas e instrumentos de ação”, por meio das quais se dão “intervenções de uma autoridade investida de poder público e de

⁴⁷ Cf. citação retro de: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 165–175 e 199.

⁴⁸ DYE, Thomas R., *Understanding Public Policy*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1975, p. 1. Tradução livre.

legitimidade governamental sobre um domínio específico”.⁴⁹ O aspecto comum a todos os conceitos, que aqui interessa, é o fato de que se trata de uma ação estatal *programada*, isto é planejada e dotada de uma *racionalidade*, de sorte que o Estado não se conduza de modo aleatório ou amador, mas pautado pela razão, por valores e por objetivos⁵⁰.

Para compreender a convivência de aspectos extrajurídicos nessa noção, é útil notar a diferença que a língua inglesa faz dos vocábulos *politics*, *policy* e, dentre estes, *public policy*. A *policy* se refere a uma prática conduzida segundo uma decisão determinada por quem tenha autoridade para tanto (*e.g.* política da empresa, política do governo, política desta ou daquela família); dentro deste grupo, *public policy* se refere àquelas práticas decididas no âmbito da administração pública, de modo a implementar certas ideias de governo da sociedade. A *politics*, por sua vez, se refere às práticas de influência no exercício de poder (*e.g.* política partidária, processo político eleitoral, pressão política, cargos políticos); é “o aspecto governamental de formular políticas (*policymaking*), em contraste à sua administração”.⁵¹ Pode-se dizer, assim, que “políticas públicas” são idealizadas por processos políticos, balizadas por processos jurídicos e concretizadas por processos de gestão pública. Note-se que *tomadas de decisão* (cujo caráter político, jurídico ou gerencial por vezes se misturam) são aqui uma constante.

Quanto ao aspecto legal, tem-se que “o DNA das políticas públicas é escrito em códigos jurídicos”, que, “além de fornecer a estrutura básica das políticas públicas, também condiciona seu método de definição — ou seja, os trâmites processuais e os requisitos procedimentais que guiarão sua execução”.⁵² Interessa ao presente estudo a compreensão de que, conquanto “não [haja] propriamente um conceito jurídico” de políticas públicas, o Direito nelas se entrelaça de modo a fazer com que sejam “programas de ação governamental *em escala*

⁴⁹ THOENING, Jean-Claude, *Politique Publique*, in: BOUSSAGUET, Laurie; JACQUOT, Sophie; RAVINET, Pauline (Orgs.), *Dictionnaire des politiques publiques*, 3ª. Paris: Sciences Po, 2010, p. 420–427. — Em sentido próximo, de que se trata de um “conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental”: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 814.

⁵⁰ “Planejar é ínsito à ideia de administração, visto implicar esta, necessariamente, atividade racional” e (SOUZA, Em busca de uma administração pública de resultados. esp. p. 51)

⁵¹ SHAFRITZ, Jay, *The dictionary of public policy and administration*, New York: Routledge, 2018, p. 226. Tradução livre. — O vocábulo “public policy” também recebe conotações próximas ao que, em língua portuguesa, equivaleria a “interesse público” e “ordem pública”, em: BLACK, Henry Campbell *et al*, *Black’s law dictionary*, St. Paul: West Group, 1999, p. 1317.

⁵² SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André, *Direito e políticas públicas: dois mundos*, in: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Eds.), *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 48.

ampla” que resultam “de um *processo* ou conjunto de processos juridicamente regulados”.⁵³ Essa visão é relevante, aqui, para a reflexão sobre a possibilidade de o varejo de certas ações estatais, como a solução de conflitos administrativos, terem escala tal que, na verdade, se tratam de algo maior e merecem ser tratados como políticas públicas.

Diogo R. Coutinho identifica alguns papéis específicos do Direito nas políticas públicas: (a) *objetivo*, referindo-se à forma como “o direito positivo cristaliza opções públicas e as formaliza como normas cogentes”, elencando suas ordens de prioridade inclusive; (b) de *arranjo institucional*, referindo-se à divisão de tarefas, competências e modos de articulação e coordenação de relações intersetoriais do setor público e deste com o setor privado; (c) *ferramental*, oferecendo instrumentos e veículos que servem de “meios adequados” para implementação da política; (d) *vocalizador de demandas*, ao assegurar participação, responsividade (*accountability*) e mobilização, ou seja, dar voz aos interessados — espera-se, a ser *ouvida* pela Administração — e garantir controle social.⁵⁴ Essa concepção é aqui adotada para estudar as referidas (cf. ii.a., *supra*) dimensões objetiva-substancial, subjetiva-institucional e formal-instrumental (na qual se agrega tanto o aspecto ferramental como o de vocalizador de demandas) na conflituosidade administrativa.

Nesse contexto, chama atenção a instituição, pela Resolução nº 125 do CNJ, de uma “*Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*”. Tal norma visa a organizar a atuação dos atores judiciários em aspectos que transcendem o conceito tradicional de jurisdição. Trata também de *incentivos* a

⁵³ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari, Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional, in: SMANIO, Gianpaolo P.; BERTOLIN, Patrícia Tuma M.; BRASIL, Patrícia C. (Orgs.), *O Direito na fronteira das políticas públicas*, São Paulo: Páginas & Letras, 2015, p. 7. BUCCI, Maria Paula Dallari, O conceito de política pública em direito, in: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.), *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20 nota 12. O sentido de “processo” adotado pela autora é amplo: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”. Sob sua perspectiva, seria perniciososa tanto a generalização “que recusa qualquer associação entre direito e política pública (...) quanto a generalização inversa, que associa todo direito público a uma política pública”, razão por que é importante se ter clareza do papel do direito na operacionalização das políticas públicas, a fim de evitar os riscos da “interpenetração entre direito e política” e das noções que compactam “política pública e direito público num todo indiviso e disforme, que perde a capacidade de explicar e organizar o conhecimento e a ação, seja num campo, seja no outro” (p. 38).

⁵⁴ COUTINHO, Diogo R., O direito nas políticas públicas, in: MARQUES, Eduardo; FARIA, Aurélio Pimenta de (Orgs.), *A política pública como campo multidisciplinar*, São Paulo: Unesp, 2013, p. 198.

serem imputados pelo Poder Judiciário à conciliação e à mediação, contando até mesmo com nuances de *fomento*⁵⁵ à formação de profissionais que disponibilizem serviços de mediação e conciliação e à constituição de câmaras de mediação e conciliação pela iniciativa privada. No mesmo contexto, a Resolução nº 100/2021, também do CNJ, fala na existência de um “*microsistema normativo de métodos adequados de tratamento de conflitos* composto pelas Leis nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), no 13.140/15 (Lei de Mediação), n o 9.307/96 (Lei de Arbitragem) e pela Resolução CNJ no 125/2010 [*que*] *prioriza a solução consensual dos conflitos*”.

Diversas reflexões derivam disso. Não são novidade medidas que visassem a, por meio de instituições judiciárias, intervir no contexto socioeconômico, não só para *pacificação* mas também para *direcionamento* social, a exemplo da instituição dos juizados especiais.⁵⁶ No entanto, era inusual que essa iniciativa partisse do próprio Poder Judiciário, mais ainda autodenominando-se “política pública”, como consta expressamente no texto da Resolução nº 125/2010 do CNJ. Trata-se, nesse sentido, de um marco que se aproxima da ideia de que a Justiça é um *serviço público*.⁵⁷ Para alguns, isso alarga a própria noção de jurisdição, que se aproxima da noção de “acesso à Justiça” (CF, art. 5º, XXXV) como “acesso à ordem jurídica justa”, que, por sua vez, passa a abarcar o *sistema multiportas de solução de conflitos* como um todo.⁵⁸

⁵⁵ “Fomento” pode ser conceituado como ação estatal estruturada que incentiva condutas específicas entendidas como aptas a gerar impactos sistêmicos positivos para a sociedade: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, O fomento estatal, *in*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.), *Tratado de Direito Administrativo*, v. 4 - *Funções administrativas do Estado*, São Paulo: RT, 2014, p. 409–410.

⁵⁶ A criação dos juizados especiais, com “competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade” (art. 3º, Lei 9.099/1995) é um exemplo. A abertura dessa nova “porta”, porém, mais do que auxiliar a solução de conflitos até então já conhecidos, acabou por revelar uma massa de demandas que estava reprimida, como as relacionadas aos direitos do consumidor. Como é notório, a função desses juizados na atualidade é tal que, se suprimidos, certamente haveria impactos nas relações comerciais, uma vez que tornaria o mercado menos arriscado para práticas abusivas por parte de fornecedores e mais arriscado para os consumidores, interferindo, portanto, em parte significativa da “ordem econômica”. Nesse sentido, vislumbra-se uma função regulatória da economia nesse instrumento de solução de conflitos. Trata-se, sem dúvida, de pacificação social, mas também de *direcionamento* socioeconômico. A propósito, o presidente da república vetou alteração na Lei de Arbitragem que dizia respeito a contratos de adesão (art. 1º, §3º), justamente porque para evitar “retrocessos” na política de proteção ao consumidor, atestando, mais uma vez, que métodos de solução de conflitos são componentes relevantes de políticas públicas: Mensagem de veto nº 162, de 26 de maio de 2015, D.O.U. 27 maio 2015.

⁵⁷ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Orgs.), *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

⁵⁸ Cf. GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, p. 30.

Se assim é nesta “política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade”,⁵⁹ com ainda mais razão deveria ser em relação aos conflitos em que a própria Administração Pública é parte. Abre-se então um leque de questões, como as que dizem respeito à *adequação* dessa política e sobre quem deve formulá-la (*quem decide quem decide?*⁶⁰). Espera-se, aqui, dar início à exploração de algumas dessas questões.

Para fins desta tese, toma-se o sentido largo da expressão “política” (*policy*, geralmente traduzida para o português como “política pública”), de modo que se admite que pode se referir a qualquer intervenção estatal, por qualquer de seus Poderes, do nível constitucional ao infralegal, desde que seja *programada* para atingir objetivos determinados em mais de um caso específico (podendo atingir *escala ampla*) o que, no Estado de Direito, deve ser realizada de modo racional e conformado com valores e normas jurídicas. Nesse sentido, não se nega que a “regulação”⁶¹ ou o Direito como um todo tenham esse caráter. O que importa, aqui, é manter em mente a ideia de que a atuação estatal deve ter uma racionalidade jurídica e estratégica.⁶²

III. ASPECTOS METODOLÓGICOS

⁵⁹ WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, ano 136, v. 195, p. 381-390. São Paulo: maio de 2011, p. 383.

⁶⁰ A questão sobre “quem decide quem decide” é central na obra de Neil Komesar. Cf. KOMESAR, *Imperfect alternatives*, p. 192–195.

⁶¹ Em sentido estrito, no direito administrativo, fala-se em “regulação”, de modo diferenciado de outras atuações estatais, para se referir àquela que “difere nos seus pressupostos, porque a intervenção regulatória é muito mais pautada pelo *caráter de mediação* do que pela imposição de objetivos e comportamentos ditada pela autoridade”, bem como difere nos seus objetivos, pois “procura atuar no sentido de compor e articular os interesses públicos com os interesses dos particulares”, e nos seus instrumentos, exercendo nova forma de relacionamento com interlocução mais direta entre Estado e agentes regulados; nesse sentido, não se restringe a *regulação* à *regulamentação*, isto é, a emissão de comandos normativos MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica, *Fórum Administrativo*, v. 9, n. 100, p. 85–93, 2009, p. 87–89. O autor conclui que “a moderna noção de regulação remete à ideia de equilíbrio dentro de um dado sistema regulado” (*ibidem*). — Cf. SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 228 (em que afirma que “o juiz tem o ônus do regulador”). — Nesse sentido, inferindo efeitos regulatórios na litigância em torno de matérias como tabaco, armas, compostos químicos, implantes médicos e seguros de saúde: VISCUSI, W. Kip (Org.), *Regulation through litigation*, Washington, D.C: Brookings Institution Press, 2004.

⁶² Conforme Elinor Ostrom (citada por BUCCI, Quadro de referência de uma política pública. p. 8 ao definir a política pública como “ação governamental em escala ampla” sob sua visão jurídico-institucional), “estratégias são planos regularizados que os indivíduos fazem no âmbito da estrutura de incentivos produzidos pelas regras, normas e expectativas de comportamento semelhante de outros, numa situação afetada por condições físicas e materiais relevantes”.

iii.a. Eficiência, Direito e Economia e direito comparado

A ideia de **eficiência**, que é imperativo lógico de qualquer administração, ganhou densidade jurídica a partir de sua constitucionalização (CF, art. 37, *caput*), que deixou clara que se visa uma “Administração Pública de resultados”.

O significado de “eficiência” remete a noções de racionalidade, economicidade, efetividade, eficácia, celeridade, simplicidade, que, em resumo, impõem “compromisso com resultados prioritários, lícitos, legítimos e de qualidade, observada uma razoável relação custo-benefício”, não só em termos financeiros, mas também em termos de “menos ônus possível à liberdade dos cidadãos”, visão essa que pauta o agir estatal “ao redor de três grandes ideias: *eficiência, política pública e controle de resultados*”.⁶³ Acentua, especialmente diante de conceitos jurídicos indeterminados, a “queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória”, passando-se a admitir espectros de “interpretações plausíveis”, que podem ser revistas e alteradas ao longo de uma “nova estratégia regulatória”, mudando-se o paradigma normativo “incidência → sanção” para o de “finalidades → meios”, em uma dinâmica em que o princípio da eficiência é “reforçado pelo conflito positivo que possui com o princípio da proporcionalidade, já que também por força deste, em seus elementos *adequação e necessidade*, não se poderia impor a adoção de meio (...) inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atingimento das finalidades legais”.⁶⁴ Trata-se, enfim, de um imperativo jurídico central na interpretação da atuação administrativa, na atualidade.

Nesse contexto, e na medida em que a noção de adequação e de eficiência envolvem concepções não-exclusivamente jurídicas, torna-se necessário recurso a outras disciplinas, como a Economia, que, conceitualmente, “é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos”.⁶⁵

⁶³ SOUZA, Em busca de uma administração pública de resultados, p. 45, 46, 48, 40.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de, O princípio da eficiência, *Revista de Direito Administrativo*, v. 237, p. 1–6, 2004, p. 376 e 379. Os paradigmas citados são extraídos pelo autor de Eduardo García de Enterría (*La constitución como norma y el tribunal constitucional*).

⁶⁵ MANKIW, N. Gregory, *Introdução à economia*, 6ª edição. São Paulo: Cengage, 2018, p. 4. — Importa ressaltar que “a moldura econômica básica tem três características: se baseia na escolha racional; vê instituições de baixo para cima; respeita escassez”: KOMESAR, Neil K., Exploring the Darkness: Law, Economics, and Institutional Choice, *Wisconsin Law Review*, v. 1997, p. 465–474, 1997, p. 471.

A escola (ou melhor, as escolas⁶⁶) de “Direito e Economia” oferece conceitos particularmente interessantes para tal articulação. Por ora, vale notar que a noção de *eficiência* também recebe diversas considerações nessa linha de estudo; destacam-se, dentre elas, a concepção de que se trata da “propriedade que a sociedade tem de obter o máximo possível a partir de seus recursos escassos”, que está em constante impasse com a *igualdade* (“a propriedade de distribuir a prosperidade econômica de maneira uniforme entre os membros da sociedade”),⁶⁷ bem como as noções de *eficiência ótima de Pareto* (em resumo, o estado em que é impossível melhor a situação de alguém sem prejudicar a de outrem) e a *eficiência de Kaldor-Hicks* (em apertada síntese, a situação em que o ganho obtido por alguns compensa a perda

⁶⁶ O uso da racionalidade econômica para analisar o Direito se consagrou, sobretudo nos EUA, em torno dos estudos que compõem as chamadas escolas do “Direito e Economia” (*Law and Economics*), que se valem da “aplicação da teoria econômica (primordialmente microeconomia e os conceitos básicos da economia de bem-estar [social]) para examinar a formação, estrutura, processos e o impacto econômico da lei das instituições legais”. Evidentemente, as relações entre o direito e a economia são mais antigas, mas não se identificavam com uma escola de pensamento própria. Cf. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven, Schools of thought in law and economics: a Kuhnian competition, in: MALLOY AND BRAUN (Org.), *Law and Economics: new and critical perspectives*, New York: Peter Lang, 1995, p. 65. Tradução livre.

— Os artigos “O problema do custo social”, de Ronald Coase, e “Alguns pensamentos sobre distribuição de riscos e reponsabilidade civil”, de Guido Calabresi, são tidos como os marcos inaugurais dessas escolas que organizaram os estudos de análise econômica do direito como disciplina própria: COASE, Ronald, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1–44, 1960. CALABRESI, Guido, Some thoughts on risk distribution and the law of torts, *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499–553, 1961.

— A partir dos estudos de Gary Stanley Becker sobre a “Abordagem Econômica do Comportamento Humano” (1976), conceitos já pontuados por autores como Adam Smith e Jeremy Bentham, como o comportamento econômico racional maximizador de utilidades, ganharam perspectiva especial, não exclusivamente monetária, estendendo-se a questões sociais, de variadas importâncias ou frequências. Cf. POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 9. ed. New York: Kluwer, 2014, p. 4. MERCURO; MEDEMA, Schools of thought in law and economics: a Kuhnian competition, p. 67. — Indicando a pré-existência de um “significante movimento de Direito e Economia” nos anos 1890-1920, “fortemente influenciada por economistas institucionalistas”, em relação aos quais os atuais autores de Direito e Economia se colocariam hoje como “neoclássicos”: HOVENKAMP, Herbert, Law and Economics in the United States: a brief historical survey, *Cambridge Journal of Economics*, v. 19, p. 331–352, 1995, p. 331.

— A partir de algumas universidades, desdobraram-se diferentes linhas de pensamento dos estudos de Direito e Economia. A “escola de Chicago” deu ênfase à aplicação direta de conceitos microeconômicos ao Direito (especialmente a teoria do preço), com presunções utilitaristas e de maximização de satisfações, tendo dentre seus expoentes Richard A. Posner. A “escola de New Haven” (da Universidade de Yale, de Guido Calabresi) deu ênfase ao estudo do direito regulado como instrumento de geração de eficiência nas políticas estabelecidas pela sociedade e pelas instituições governamentais. A “escola de Virgínia”, por sua vez, deu ênfase à “teoria da escolha pública” (*public choice*) sobre a formação do consenso subjacente às decisões públicas, negando a premissa (de alguns teóricos de Chicago) de que a eficiência das normas jurídicas e das políticas públicas poderia ser objetivamente observável sob a perspectiva da maximização de eficiência na alocação de recursos escassos. Em Wisconsin (berço de Marc Galanter e Neil Komesar) e Michigan, destacaram-se estudos desenvolvidos com abordagem “institucionalista”, voltados a comparar as configurações de instituições e de processos de tomada de decisão, em face de dadas alternativas políticas, econômicas e jurídicas. Cf. *Ibid.*, p. 334.; ROSE-ACKERMAN, Susan, Progressive Law and Economics and the New Administrative Law, *The Yale Law Journal*, v. 98, n. 2, p. 341–368, 1988, p. 342. MERCURO; MEDEMA, Schools of thought in law and economics: a Kuhnian competition, p. 67. Tradução livre. *Ibid.*, p. 93. *Ibid.*, p. 105–106.

⁶⁷ MANKIW, *Introdução à economia*, p. 5.

experimentada por outros).⁶⁸ Outras referências importantes são o *Teorema de Coase* e as noções de *custos de transação* e de *externalidades*.

Nesta tese, as expressões “**Direito e Economia**” (*Law and Economics*) e “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*) serão tratadas indistintamente, como sinônimas. Há quem as distinga, como Guido Calabresi, para quem, nesta última, a Economia prevaleceria, tratando o Direito como mero objeto de estudo e crítica, enquanto naquela haveria uma relação bilateral.⁶⁹ Nesse sentido, o presente trabalho se aproximaria mais do “Direito e Economia”, longe que está de um estudo econômico. Trata-se de um estudo de Direito, que se aproveita de alguns conceitos dos economistas, que são particularmente úteis e necessários quando motivações jurídicas dependem de noções empíricas, como “eficiência”.⁷⁰

Pontue-se, ainda, que têm afinidade com essa linha de estudo as chamadas “Análise de Impacto Regulatório” e a “Análise Institucional Comparada”, pois trabalham não só com a racionalidade das decisões em si, mas também com o contexto em que inserem.

A análise econômica do direito é dita por Andrea Renda como “irmã-gêmea” desses instrumentos, “separados no nascimento”, mas hoje reunidos num conjunto de disciplinas que se apoiam “na incansável busca por uma forma melhor de legislar”, extraindo do exame jurídico-econômico a *análise do impacto no sistema de incentivos da sociedade*, que seria ainda

⁶⁸ *Encyclopedia of law and economics*.

⁶⁹ CALABRESI, Guido, *The future of law and economics: essays in reform and recollection*, New Haven: Yale University Press, 2016, p. 6. O autor afirma, ainda, que não é raro que a análise econômica do direito resulte antes em mudanças na teoria econômica do que mudanças normativas ou descritivas no Direito.

⁷⁰ Registre-se que não se desconhecem as críticas a essa escola, das quais se destacam aquelas que a acusam de falhas como estar vinculada a ideais predatórios do neoliberalismo capitalista; pressupor que todo indivíduo vise a maximização de vantagens; não prestigiar valores como justiça e equidade; visar à proteção do mercado em detrimento do Direito, entre outras. Cf. FISS, Owen, *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*, Curitiba: Juruá, 2017, p. 272. — Tais críticas se referem, porém, mais à abordagem dada por determinados teóricos do que à análise econômica do Direito como *método* em si, que, em essência, visa a identificar causas e consequências (ou incentivos e desincentivos) em relação a determinadas condutas, de modo a identificar padrões de comportamento e desenvolver raciocínios que permitam compreender sua dinâmica, sem necessário juízo de valor prévio. A Análise Econômica do Direito, em si, não é pautada ideologicamente: ela apontará, por exemplo, *ineficiências* (= *desperdícios*), cuja compreensão é necessária não só para gerar riqueza, mas para também evitar a geração de pobreza. Nesse sentido: ROSE-ACKERMAN, *Progressive Law and Economics and the New Administrative Law*. — Dado que a necessidade de alocar recursos escassos é inerente à sociedade e que problemas de escassez e distributividade são próprios do Direito, entende-se pertinente o recurso a esse raciocínio. Cf. LUHMANN, Niklas, *O direito da sociedade*, [original de 1993]. São Paulo: Martins Editora, 2017, p. 10.: No trecho, o autor afirma que “a análise econômica do direito pode dar conta da sociedade apenas como sistema geral de um equilíbrio de vantagens, ainda que esse equilíbrio tenha sido alcançado por via indireta”. Note-se que, para os efeitos da presente tese, é precisamente tal equilíbrio de vantagens que interessa, ainda que sob críticas, como um passo inicial para a aferição de critérios racionais de motivação de escolha dentre os métodos de solução de conflitos disponíveis.

mais relevante que meros exames quantitativos de custo-benefício. Essa vertente do “Direito e Economia público” (*public law and economics*), pontua o autor, melhora decisões não só porque diminui as assimetrias de informação, mas também porque a menor subjetividade reduz os “*custos de transação políticos*”, ao transferir a “culpa” da decisão — um elemento determinante em matéria de solução de conflitos — para o nível técnico, bem como reduz conflitos de interesse ao desmascarar políticos, forçando-os a relevar seus verdadeiros objetivos e impedindo-os de se esconder atrás de uma “falsa representação” — a pretexto de uma abstrata e retórica “eficiência” — dos fins últimos das suas políticas.⁷¹ Tal noção é interessante para se fazer frente à *racionalidade limitada* na solução de controvérsias administrativas (cf. 2.1.2).

Por sua vez, a Análise Institucional Comparada, conforme proposta por Neil Komesar, se relaciona à teoria da escolha institucional, que se preocupa com o papel das *instituições*, assim compreendidas como os “processos decisórios” que definem as “regras do jogo”. Nessa vertente, há críticas à análise econômica do direito tradicional por seu foco singular em uma só instituição: o mercado. Segundo tal crítica, o isolamento de uma só instituição na análise é reducionista e acaba por ignorar conceitos caros à própria teoria econômica, a exemplo do “custo da informação”, e o fato de que as escolhas decisórias são resultado das limitações e influências entre diferentes instituições, como as Cortes Judiciárias e o Poder Legislativo.⁷² De todo modo, tal entendimento não rejeita a análise econômica do Direito, mas aponta que o conceito de *eficiência*, em si, não basta, precisando ser complementado com a análise comparativa das instituições tomadoras de decisão.⁷³

Referida análise institucional comparada diz respeito à comparação das alternativas disponíveis para desenhos institucionais, sobretudo entre política, mercado e adjudicação. Deve-se, por isso, olhar para o contexto em que se inserem. É preciso cuidado, neste ponto, para que não se presuma que instituições de ordenamentos estrangeiros teriam o mesmo comportamento no ordenamento brasileiro. Por isso, e tendo em vista a influência

⁷¹ RENDA, Andrea, *Law and Economics in the RIA World: improving the use of economic analysis in public policy and legislation*, Cambridge: Intersentia, 2011, p. 149–150, 224, 228, 240–241.

⁷² KOMESAR, Neil K., The logic of the Law and the essence of Economics: reflections on 40 years in the wilderness, *Wisconsin Law Review*, v. 2013, p. 265–338, 2013, p. 266 (nota 1) e 298.

⁷³ “*Eficiência* não é nem necessária nem suficiente para definir a análise econômica do Direito” (...) “O objetivo da eficiência na alocação de recursos por si não nos diz nada sobre Direito ou políticas públicas. O liame [“*link*”] entre qualquer objetivo social e ‘Direito e políticas públicas’ é sempre a *escolha institucional*”. KOMESAR, Exploring the Darkness: Law, Economics, and Institutional Choice, p. 470. KOMESAR, The logic of the Law and the essence of Economics, p. 285.

estranheira no movimento dos ADRs e no desenvolvimento do direito administrativo brasileiro, entendeu-se pertinente fazer também referências de Direito Comparado. Assim, não só se evita esse tipo de equívoco como, colocando as instituições nos seus devidos contextos, torna-se possível, então, extrair da experiência estrangeira repertório de ideias que, se não replicáveis, podem fomentar a criatividade de soluções para o Brasil.

Para tanto, na Parte I desta tese, mais panorâmica, optou-se por concentrar as referências de Direito Comparado aos ordenamentos dos EUA e da França. A justificativa para tanto é que (i) o direito público brasileiro é “mescla” desses modelos,⁷⁴ (ii) são citados pelo legislador brasileiro como referência,⁷⁵ e (iii) são ilustrativos de diferentes formas de pensar a dinâmica entre Estado, solução de disputas e “adequação” ao “interesse público”.⁷⁶ Na Parte II, são feitas também referências a outros ordenamentos, com contextualização mais específica nos respectivos recortes de estudo.

iii.c. Referências dogmáticas, inferências empíricas e tipologias

O método aplicado para desenvolvimento do trabalho proposto é indutivo,⁷⁷ a partir de revisão bibliográfica não só de trabalhos teóricos, mas também de pesquisas empíricas, usadas como fontes secundárias que permitam demonstrar a existência de impactos sistêmicos no contencioso estatal. Busca-se intuir qual é a racionalidade a delinear a “adequação” na solução de conflitos administrativos.

⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law, *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 55–81, 2015, p. 78.

⁷⁵ A primeira linha da justificação do Projeto de Lei do Senado nº 517/2011, que deu origem à Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) afirma: “A mediação, *de inspiração e traços norte-americanos*, é o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”. Adiante, traz como argumento de justificação o fato de que “o instituto da mediação, já introduzido em diversos ordenamentos jurídicos, está regulamentado nos Estados Unidos, na Argentina, no Uruguai, no Japão, na Austrália, na Itália, na Espanha, na França, dentre outros”: BRASIL, Senado Federal; FERRAÇO, Ricardo (Senador), *Justificativa ao Projeto de Lei do Senado nº 517, de 2011*, disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101791>>. acesso em: 30 maio 2022.

⁷⁶ Adicionalmente, a escolha se justifica em razão de se ter obtido oportunidade de pesquisa junto a profissionais, acadêmicos e bibliotecas universitárias desses países (nas Universidade de Yale, EUA, durante o doutoramento, valendo-se também de materiais obtidos em Lyon, na França, por ocasião do mestrado).

⁷⁷ No sentido de que “só pode ser o método indutivo” o aplicável para exame do processo a fim de se extrair “os princípios gerais que regem cada disciplina processual” tendo “como objetivo a busca da tutela adequada”: GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, p. 8.

Para tanto, na Parte I, iniciou-se o estudo a partir de uma perspectiva mais ampla, buscando-se vislumbrar o panorama da conflituosidade administrativa no Brasil, com comparações pontuais com outros ordenamentos. Na Parte II do trabalho, buscou-se exercitar o raciocínio desenvolvido, com especial foco na tentativa de inferir elementos indicativos de repercussões de certos modos de solução de conflitos administrativos, bem como que indicassem a existência de uma racionalidade ou a possibilidade de se traçar uma linha de raciocínio norteadora da “adequada” forma de se tratar tratamento às controvérsias estudadas.

Como visto, toma-se como marco teórico uma conjunta abordagem dos ramos do Direito processual e administrativo, buscando-se pontos de contato de suas categorias dogmáticas fundamentais,⁷⁸ valendo-se, ainda, da ajuda de conceitos do “Direito e Economia”. Do ramo processual, destacam-se os marcos do movimento dos Meios Alternativos/Adequados de Solução de Conflitos (MASC’s ou, na sigla inglesa, ADR), a noção de que a instrumentalidade processual a eles se aplica em geral, o que pressupõe abertura multidisciplinar do respectivo campo de conhecimento a fim de se apontar a resposta processual “adequada” (*instrumentalidade metodológica*⁷⁹) e o significado dessas figuras e de medidas de “Reforma do Judiciário” no objetivo constitucional de prover acesso à Justiça (CF, 5º, XXXV) como acesso à *ordem jurídica justa*.⁸⁰ Do ramo administrativo, destacam-se os movimentos de revalorização da processualidade na Administração Pública, de desverticalização da relação Estado-cidadão, de revisão da operacionalidade de princípios como legalidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, e de promoção da consensualidade na administrativa pública (*Administração consensual*).⁸¹ Quanto à análise econômica do Direito, destaca-se a aproximação

⁷⁸ Essa abordagem tem influência de reflexão feita pelo (administrativista) Professor Floriano de Azevedo Marques Neto que, ao discutir o projeto desta tese, afirmou que “o direito administrativo é também um direito processual” (notas pessoais), corroborada pela (processualista) visão de que “o processo é *miniatura do Estado democrático* (ou *microcosmos do Estado-de-direito*)”: DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 369.

⁷⁹ SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 24–26.

⁸⁰ Por todos, destacam-se: CAPPELLETTI; GARTH, *Access to Justice*; GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*; WATANABE, Kazuo, *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, in: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ, 2005, v. 1, p. 684–690; GABBAY; CUNHA (Orgs.), *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*; TALAMINI, Eduardo, A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria), *Revista de Processo*, v. 128, p. 59–77, 2005.

⁸¹ Por todos, destacam-se: CASSESE, *L’arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*; ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.), *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte: Fórum, 2012; MOREIRA NETO, *Novas tendências da democracia*; SUNDFELD, Carlos Ari,

aos estudos que, conforme já apontando, preferem se denominar de “Direito e Economia”, bem como sua associação a ideais (próprias ou não da análise econômica) dos estudos de análise institucional e de teoria da escolha pública^{82, 83}.

Na tentativa de mapeamento do objeto estudado, utilizou-se do citado discernimento entre *conflitos, soluções e métodos*, tentando neles analisar aspectos relacionados às referidas *dimensões* objetiva-substantiva, subjetiva-institucional e formal-instrumental. Ressalta-se, contudo, que com isso se objetivou apenas estabelecer um *roteiro* de estudo de uma matéria que ainda não conta com o enfoque aqui dado (que tenta se desprender das análises que partem de visão quase exclusivamente judiciária). No mesmo sentido, a cada etapa de estudo tentou-se mapear *tipos* característicos do que foi encontrado, mais uma vez com intuito exploratório, não se pretendendo propor uma tipologia que abarque todo o fenômeno ou que o permita enquadrá-lo em categorias rígidas.

As referências empíricas não são apresentadas com intenção de se fazer um levantamento estatístico exaustivo sobre cada tema, nem tampouco para se chegar a conclusões de ordem quantitativa, mas para constatar evidências indicativas de repercussões concretas sobre o emprego de determinados métodos de solução em conflitos administrativos, de modo a permitir traçar linhas de discernimento que qualifiquem a racionalidade a pautar a respectiva escolha. Para tanto, buscou-se, em primeiro lugar, dados disponibilizados por órgãos oficiais dos Poderes Judiciário (em especial os do CNJ, que se mostrou a base mais completa), do Executivo (em especial os das Advocacias Públicas e escolas de governo) e do Legislativo (em

Por um direito mais que administrativo, in: MARRARA, Thiago (Org.), *Direito administrativo: transformações e tendências*, São Paulo: Almedina, 2014, p. 47–69; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, Mecanismos de consenso no direito administrativo, in: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo (Orgs.), *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335–350; FREITAS, Juarez, Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito, *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 25–46, 2017.

⁸² **Escolha pública** (*public choice*) refere-se à “aplicação da análise econômica a decisões fora do mercado, ou, de modo mais simples talvez, à política”; por vezes é usada como termo guarda-chuva para se referir a outros campos de estudo como a teoria dos jogos, a dos grupos de interesse e a da escolha social (*social choice*), esta última voltada a estudar temas como a regra da maioria, o teorema do voto médio, *cycling*, o critério de Condorcet, *path dependence*, *agenda setting*, coalizações de benefício mínimo, e o Teorema de Arrow: STEARNS, Maxwell L; ZYWICKI, Todd; MICELI, Thomas J., *Law and Economics: Private and Public*, St. Paul: West Academic, 2018, p. 6 e 500.

⁸³ Por todos, destacam-se: CALABRESI; BOBBITT, *Tragic Choices*; STEARNS; ZYWICKI; MICELI, *Law and Economics: Private and Public*; KOMESAR, *Imperfect alternatives*; BORSANI, Hugo, Relações entre política e economia: teoria da escolha pública, in: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Orgs.), *Economia do setor público no Brasil*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 103–125; SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana, Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método, *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 95–144, 2013.

especial, exposições de motivos e relatórios de tramitação legislativa). Foi dada preferência para dados de órgãos de caráter nacional/federal; na ausência destes, preferiu-se os de nível estadual⁸⁴ e, na ausência destes, os municipais. Na ausência de dados oficiais, foram buscadas pesquisas disponibilizadas por instituições de ensino superior ou, ao menos, acadêmicas, e, na ausência destas, foram feitas buscas livres. Com as devidas adaptações, o mesmo foi realizado em relação a dados estrangeiros, exceto pelo fato de que, neste caso, começou-se a pesquisa dando-se preferência por pesquisas de órgãos multilaterais (como o Banco Mundial e a OCDE).⁸⁵

Por opção metodológica, este trabalho se concentra em dados referentes ao ano de 2019, e não nos posteriores, pois, embora a pandemia do coronavírus possa ter efeitos duradouros na sociedade, ainda é cedo para dimensionar seu impacto; ademais, a disponibilidade de fontes de dados empíricos para o ano de 2019 possibilitou usá-lo como marco. Quando não disponíveis dados de 2019, foi dada preferência aos dados disponíveis do ano anterior mais próximo; na ausência de dados anteriores, foram usados os do ano posterior mais próximo. Embora tenham sido feitos alguns levantamentos e compilações próprios, o objetivo principal do trabalho não é produzir estatísticas, mas, por meio da revisão de informações já existentes, delas extrair inferências.⁸⁶

iii.b. Estrutura e organização dos capítulos

⁸⁴ Sempre que possível, preferiu-se fazer referência a outros Estado que não o de São Paulo, de modo a afastar o objeto de estudo da pessoa deste pesquisador, que têm vínculo profissional com tal ente federativo.

⁸⁵ As opções metodológicas, evidentemente, implicam limitações. Naturalmente, pretende-se com o estudo indutivo buscar raciocínios que possam ser replicados em outras situações, o que não significa que possam ser aplicados em qualquer situação. A concentração do estudo na questão dos impactos sistêmicos e de elementos indicativos de adequação não exclui a existência de outros aspectos relevantes próprios da Administração a serem levados em consideração (e.g. urgência no atendimento de casos concretos; limitações burocráticas ou legislativas). Como em todo estudo, simplificações são feitas em relação à realidade concreta a fim de tornar a análise manejável. De todo modo, tenta-se chamar atenção para pontos cegos que deveriam ser mais bem explorados na matéria da solução de conflitos administrativos, de sorte que descobertas sobre *o que não se sabe e não se pode afirmar* são igualmente importantes.

⁸⁶ Neste ponto, vale registrar que o levantamento de dados primários que apurassem eventuais impactos sistêmicos de ordem socioeconômica decorrentes da alternância de métodos de solução de conflitos se mostrou impraticável para uma pesquisa individual (e durante uma pandemia). Embora isso tenha levado o trabalho a se concentrar em dados secundários, reforçou também a motivação que lhe deu origem, que foi a percepção de que, em geral, o desenho do tratamento de conflitos no âmbito público é desprovido de um plano estruturado e carente de análises factualmente comprovadas, mesmo quando pautadas por valores como “eficiência” e “efetividade”, as quais pressupõem um referencial prático. Registre-se, por fim, que essa impossibilidade de trabalho individual também motivou a organização de grupo de estudo paralelo (Observatório de Arbitragem na Administração Pública) que tem desenvolvido pesquisa independente (ainda não divulgada).

A fim de cumprir o escopo proposto, esta tese se divide em duas partes.

Na Parte I, pode-se dizer, figurativamente, que se tentou dar dois passos para trás, a fim de ampliar o horizonte de estudo de tal modo a traçar um panorama sobre as questões implicadas nas dimensões objetiva-substancial, subjetiva-institucional e formal-instrumental dos conflitos (Capítulo 1), soluções (Capítulo 2) e métodos (Capítulo 3) relacionados ao tratamento da conflituosidade administrativa. Cada capítulo foi estruturado de modo a introduzir, inicialmente, premissas conceituais gerais sobre o tema, passando-se então a aprofundá-lo à luz da Administração Pública brasileira, fazendo, por fim, anotações comparativas em torno dos ordenamentos que servem de referência para o modelo de jurisdição una (EUA) e dual (França). Ao final da Parte I, são feitas considerações parciais sobre tais capítulos.

Na Parte II, seguindo tal imagem figurativa, deu-se um passo adiante, mas talvez ainda um atrás da perspectiva tradicionalmente dada ao tema, a fim de se aproximar a grupos específicos de conflitos administrativos, mantendo, porém, a distância necessária para inferir como, em seu conjunto, se comportam e geram repercussões tais que pudessem ser usadas como referência na “análise de adequação” da escolha do método a ser empregado. Para tanto, conforme recorte descrito, foram selecionados para estudo agrupamento de casos que denotassem uma atuação estatal conjunta relacionados à cobrança tributária (Capítulo 4), à prestação de serviços de saúde, em especial fornecimento de medicamentos (Capítulo 5) e a contratos de infraestrutura (Capítulo 6). Ao final da Parte II, são feitas considerações parciais sobre tais capítulos.

Na Conclusão, são feitas considerações finais, bem como proposições.

iii.d. Observações formais e redacionais

Ao longo do texto empregam-se recursos gráficos de **destaque de palavras**, com o mero intuito de facilitar a localização de ideias. O recurso *itálico* é usado para enfatizar uma determinada expressão, guiando o leitor no tom da leitura, em geral para chamar-lhe atenção para ideias e conceitos-chave. Sublinhados são usados para destacar trechos de citações que importem para o cotejo das ideias em discussão, de modo que seja evidenciado o propósito da transcrição, para além da mera reprodução. Faz-se uso de travessões (—) para inserir digressões,

opiniões e exemplos (precedidos da abreviação latina “*e.g.*”) que ajudem a dar concretude ao tema e a demonstrar a utilidade prática de discussões abstratas.

Citações em língua estrangeira receberam traduções livres.

Para evitar repetições sem prejuízo do cotejo de ideias, são feitas referências cruzadas, com indicação do subtítulo onde se pode confrontar o aprofundamento do conceito ou argumento — *e.g.*: (cf. 1.1.1) —, as quais foram inseridas no bojo do próprio texto, de modo a tornar o material mais enxuto, sem deixar de subsidiar os diferentes leitores que, independentemente da familiaridade com conceitos de direito processual ou administrativo, possam se interessar no trabalho.

Também para evitar o cansaço do leitor, são alternados como sinônimos os vocábulos *conflito*, *controvérsia*, *disputa*, *diferença* e *divergência*. Os termos *demanda*, *contenda*, *litígio* e *litigância* também são empregados, em geral para se referir a casos que são ou podem vir a ser externalizados de algum modo formal (não necessariamente ação judicial). Para não se chocar com a tradição processualista (cf. 1.1.1), reserva-se a expressão *lide* ao contexto em que o conflito tem contornos que lhe tornam apto a ser objeto de reivindicação jurisdicional (judicial ou arbitral). São igualmente alternadas como sinônimas as expressões *solução*, *resolução* e *deslinde*, frequentemente com a lembrança de que elas implicam *decisões*. No mesmo sentido, *métodos*, *meios* e *mecanismos* de solução de conflitos são também trados com equivalentes.

Seguindo tradição administrativista,⁸⁷ grafa-se *Administração Pública*, em maiúsculo, para se referir ao conjunto de órgãos, entes e pessoas que compõem a máquina pública e *administração pública*, em minúsculo, para se referir à atividade realizada no exercício da função administrativa. De forma contextualizada, a expressão *Estado* é por vezes usada como alternativa, com as ressalvas aprofundas no item 1.2.2.

⁸⁷ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 75.

PARTE I

PANORAMA DO TRATAMENTO DOS CONFLITOS NA ADMINISTRATIVA PÚBLICA

“Tribunais são mais necessários onde os tomadores de decisão alternativos, como processos políticos e mercados, funcionam menos bem. Se nos concentrarmos apenas nas questões de oferta e, portanto, apenas nas características dos tribunais, desperdiçamos os tribunais usando-os onde funcionam bem, mas são menos necessários. Por outro lado, se nos concentrarmos apenas na demanda e, portanto, nas falhas dessas outras instituições, atribuímos tarefas ao direito e aos tribunais que excedem em muito sua capacidade”

(Neil Komesar, 2013)

Esta primeira parte do trabalho, como adiantado na Introdução, visa a dar dois passos para trás em relação às abordagens tradicionais da conflituosidade administrativa, em geral voltada a estudá-la com foco nos modos judiciários pelos quais ela se expressa. Para que se possa fazer exame de adequação à vista do sistema multiportas de solução de conflitos, tem-se por necessário ampliar o horizonte de análise.

Conforme se verá, essa ampliação permite ver também a necessidade de se revistar algumas noções, não para propor novas categorias ou adjetivar as já existentes, mas para buscar compreender, nas próprias noções elementares da teoria geral do direito, da teoria geral do processo e das categorias fundamentais do direito administrativo, os fundamentos que permitem que a Administração Pública participe do movimento de adesão aos métodos “adequados” de solução de conflitos.

Para tanto, seguindo as ideias já introduzidas, tenta-se, respectivamente nos Capítulos 1, 2 e 3, discernir *conflitos, soluções e métodos*, analisando-os quanto às suas *dimensões objetiva-substancial, subjetiva-institucional e formal-procedimental*, por meio da proposta abordagem conjunta de referências dos ramos de direito processual e administrativo, bem como de referências empíricas, buscadas inicialmente em fontes oficiais, preferindo-se as de nível federal às estaduais e estas às municipais e, subsidiariamente, buscando-se dados em outras fontes, preferencialmente acadêmicas, lembrando-se que o intuito dessas referências não é apresentar conclusões quantitativas, mas contrastar algumas premissas de senso comum no Direito às informações disponíveis — e, tão interessante quanto, à *falta* de informações disponíveis.

1. CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O tratamento de conflitos administrativos não pode ser feito sem se compreender características elementares da matéria em disputa, bem como os atores envolvidos e a importância das formas utilizadas. Por isso, e tendo em vista a proposta desta tese em dar alguns passos para trás, a fim de revisitar o assunto sem partir de premissas tradicionais da perspectiva judiciária, este capítulo inicial se propõe a estudar as dimensões do conflito administrativo. Para tanto, após fixação de premissas conceituais, faz-se um panorama da conflituosidade na Administração brasileira, no qual se verificará que tal fenômeno tem complexidades que não podem ser ignoradas, como a devida compreensão de quem é, afinal, o “Estado-litigante”. A título introdutório, apresenta-se também o panorama de conflitos na Administração Pública de França e EUA, que serão explorados nos capítulos seguintes.

1.1. PREMISSAS CONCEITUAIS

1.1.1. Conceito de “conflito”: aparente divergência sobre problemas alocativos

No setor público como no privado, conflitos colocam questões de duas ordens: **o que será feito** (problema de *escassez*) e **para quem** (problema de *distributividade*), chamadas por teóricos do Direito e Economia de questões de “primeira” e “segunda ordem”.⁸⁸ Nas relações jurídicas (cíveis), correspondem à questão de atribuição de um *objeto material* (o bem da vida, coisa ou prestação alvo da relação, que não se confunde com o *objeto jurídico*, conteúdo da relação que corresponde ao conjunto de poderes ou faculdades em torno do bem da vida) a

⁸⁸ CALABRESI; BOBBITT, *Tragic Choices*, p. 18. Em ambas as ordens, os autores indicam que a decisão implica alocar recursos escassos, decidindo *o que e quanto produzir e a quem e quanto entregar*. — É possível vislumbrar um caráter não-alocativo em alguns temas, especialmente os referentes às liberdades fundamentais, como liberdade de expressão e de imprensa (conquanto alguns vejam aí uma questão de alocação de informação). Discutindo o tema à luz do caso *Pentagon Papers (New York Times Co vs. United States, 1971)*, ver: KOMESAR, *Imperfect alternatives*, p. 44–49. De todo como, como adiantado na Introdução, esse não é o foco do presente trabalho.

sujeitos de direitos.⁸⁹ Sob a dimensão objetiva, portanto, é preciso entender qual recurso escasso está sob disputa e, sob a subjetiva, quem são os interessados na destinação desse recurso; a dimensão formal completa essa matriz correspondendo ao modo como essa relação de atribuição se exterioriza e se articula, conferindo dinâmica ao *jogo* implícito ao conflito.

“Conflito” é um conceito polissêmico, que mereceria monografia própria. Para se formular políticas públicas a seu respeito, porém, é preciso delimitar o que está em foco. Embora tanto o descumprimento de regras de trânsito como a divergência na eleição de governantes ou das políticas a serem priorizadas possam ser chamados de “conflitos”, é preciso diferenciá-los. Embora óbvia, essa lembrança é importante em um contexto em que o advento métodos alternativos têm relativizado o que é o “conflito” admitido de tratamento pelo Direito.⁹⁰ Não se pode abrir mão, de todo modo, de ao menos saber *o que* se está tentando resolver — ainda que o objeto focado seja a própria incompreensão do conflito pelas partes.

Em sentido restrito, a concepção (de Carnelutti) de lide ou litígio como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (portanto, pré-processual, mas credenciadora de um *interesse processual*) ganhou, na tradição da “teoria geral do processo” brasileira (por influência de Liebman), o sentido processualizado de mérito (*meritum causae*; objeto do processo, expresso no pedido do autor), de modo que se isolasse o conflito jurídico do conflito sociológico. A despeito das críticas a essa visão formalista — e de certas discussões que implica (*e.g.* se há “lide” em processos penais, administrativos, objetivos, necessários, de jurisdição voluntária ou na “justiça conciliativa”) —, fato é que tal fórmula consagrou o senso de que nem todo conflito está apto a ser tratado pelo Direito, mas só os que têm densidade jurídica (alguns diriam “crise de justiça”).⁹¹ Com isso, traz uma lição que precisa ser humildemente lembrada: **o Direito é limitado**. A vedação ao *non liquet* é possível porque as

⁸⁹ REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 213; AMARAL, Francisco, *Direito civil: introdução*, 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 311.

⁹⁰ O qual “filtra” conflitos, “esterotipando-os” de modo a transformar “conflitos reais” em “conflitos permitidos” a serem tratados por meio do distanciamento provocado pela “institucionalização” jurídica: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 84–85.

⁹¹ Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça, Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”, *in*: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Orgs.), *Bases científicas para um renovado direito processual*, Salvador: JusPodivm, 2009, p. 55–75. — O termo “lide” também é empregado no CPC (de 2015, assim como fazia o de 1973), por vezes, no sentido de “processo”. — As clássicas lições apontadas são de: CARNELUTTI, Francesco, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1936 n. 2 e 14; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 157.

soluções jurídicas se dão nos limites do Direito, não porque o Direito tenha ilimitada capacidade de dar soluções aos problemas do mundo.

Assim como é verdade que nem todo (se é que há algum) conflito se esgota em questões jurídicas, também é verdade que o Direito não consegue exaurir todos os conflitos. Ou seja, nem todos os conflitos são admissíveis pelo Direito simplesmente porque este não é apto a alcançá-los integralmente. Há outras ciências (*e.g.* psicologia, administração) mais próprias para certos conflitos. Enfim, **nem todo conflito, nem toda solução e nem todo método é jurídico** — embora possam ter qualificações jurídicas (*e.g.* ser simplesmente *lícito*).⁹²

Por outro lado, o Direito se expandiu para alcançar interesses mais difusos, no contexto que administrativistas chamaram de *Estado pluriclasse* (Giannini) — referindo-se à multiplicidade de atores, visões, necessidades e desejos que compõem o vago “interesse público” a ser representado pelo Estado contemporâneo⁹³ — e processualistas de *ondas renovatórias do processo* (Cappelletti e Garth) — necessárias para enfrentar déficits de acesso à Justiça, de adequação das tutelas processuais a conflitos sociais e transindividuais, de representação e representatividade de vulneráveis e, finalmente, de alternativas de meios de solução de litígios.⁹⁴ Nesse contexto, a exposição de motivos ao anteprojeto no CPC/2015 afirma que “na elaboração desta Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver *problemas*”.⁹⁵

Conhecedor desse contexto, Antonio Rodrigues de Freitas apresenta um conceito de “conflito” que se mostra particularmente útil para o presente trabalho, permeável à

⁹² Uma definição multidisciplinar de conflito, concebida em programa da OEA, é a de “luta expressada (dimensão comunicativa) entre duas ou mais pessoas (dimensão sociológica) que dependem entre si e que, na busca de satisfazer seus interesses ou necessidades, se encontram com recursos escassos (dimensão socioeconômicas) ou que parecem escassos (dimensão psicológica) e com metas contrapostas (dimensão ideológicos) ou que obstaculizam entre si (dimensão sociointerativa)”, cf. citado em: GABBAY, Daniela Monteiro, *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 26.

⁹³ GIANNINI, *Il pubblico potere*, p. 46–57. O autor descreve a passagem do *Estado monoclasse*, no qual nasceu o direito administrativo no contexto em que a definição do “interesse público” se dava pelo absolutismo monárquico, ao *Estado burguês*, que, apesar da desigualdade econômica, pregou uma igualdade política que levou ao sufrágio universal fazendo surgir o *Estado pluriclasse*, que representa todas as classes sociais.

⁹⁴ CAPPELLETTI; GARTH, *Access to Justice*. — A referência à “defesa dos *interesses* e direitos dos consumidores”, pelo CDC (art. 81), é exemplo dessa visão mais ampla do conceito de “conflitos” merecedores de tutela jurídica.

⁹⁵ BRASIL, Senado Federal, *Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Comissão de Juristas - Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 22.

multidisciplinarietà, mas juridicamente circunscrito. O autor delimita três características elementares ao que chamou de “conflitos intersubjetivos de pretensões de justiça”: (i) a existência de um *problema alocativo*, quando há mais de uma possibilidade de distribuição de recursos escassos; (ii) a *contraposição nos vetores das condutas* dos sujeitos envolvidos; (iii) a *percepção não-convergente da “justiça”* na solução do problema.⁹⁶

Diante desse quadro, o **conceito de “conflito”** aqui adotado é o de contraposições de perspectivas de *justiça* sobre um problema *alocativo* (Freitas), atentando-se que: (a) essas perspectivas são pautadas por *necessidades, (des)incentivos e (in)compreensões* sobre a realidade (cf. 1.1.2 e 1.1.3), de modo que o *conflito aparente* nem sempre reflete os *interesses subjacentes*; (b) a questão de (in)justiça experimentada pelas partes em conflito não se confunde nem se limita a questões de lógica jurídico-formal, razão por que, sem prejuízo de esforços multidisciplinares, deve-se reconhecer que *o Direito é limitado* para captar os conflitos em sua inteireza (Carnelutti/Liebman); (c) independentemente do conceito adotado, a formulação de políticas a seu respeito depende da *(cons)ciência* sobre *o que* se está tentando solucionar — ainda que seja a solução à própria incompreensão sobre o conflito.

1.1.2. Disputa vs. requerimento; posições vs. interesses

Além da extensão do conceito de “conflito”, é importante ter em vista algumas noções que dizem respeito à sua profundidade. Controvérsias que, na superfície, aparentam envolver apenas contraposição de direitos subjetivos podem ocultar questões que, embora não formalizadas em termos jurídicos, são relevantes para o Direito. Se ignoradas, essas nuances podem tanto prejudicar a fluidez do procedimento de solução da disputa como fazer com que aspectos importantes do conflito fiquem sem o devido endereçamento, levando a resultados insatisfatórios.

⁹⁶ Assim, o autor exclui outros tipos de conflito, como por exemplo os de mera competição comercial no mercado, ou disputas esportivas, em que os autores não tenham diferentes percepções da justiça da disputa. Quanto à “percepção” de justiça da questão, o autor aponta que a impressão subjetiva dos atores costuma ser, muitas vezes, mais influente que os próprios dados objetivos da realidade. Cf. FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de, Teoria Geral do Conflito – Visão do Direito, in: LAGASTRA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal (Orgs.), *Conciliação e Mediação - Ensino e construção*, 2. ed. São Paulo: IPAM, 2019, p. 335. — FREITAS JR., Antonio Rodrigues de, Contribuição da ciência política para um conceito operativo de conflito e uma pragmática responsável da mediação, in: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (Orgs.), *Mediação e direitos humanos: temas atuais e controvertidos*, São Paulo: LTr, 2014, p. 9–15.

Nesse contexto, é importante compreender, em primeiro lugar, a trajetória do conflito, de modo a identificar *quando* e *quais* intervenções jurídicas são adequadas. Na classificação de Felstiner-Abel-Sarat, conflitos evoluem a partir da percepção de que uma situação pode ser considerada prejudicial (fase de *nomeação*), seguida do entendimento de que o prejuízo deve ser reparado por alguém (fase de *atribuição de culpa*), em face de quem caberá comunicar e reivindicar tal providência (fase de *reclamação*), que, se não satisfeita, pode fazer surgir uma *disputa*. Essa transição depende de comportamentos desencadeados de modos diferentes a depender de situações pessoais (*e.g.* de formação) e socioeconômicas (*e.g.* acesso ao judiciário) e, assim, é tão instável quanto são as percepções e conjunturas que envolve.⁹⁷

Esse discernimento é relevante no âmbito administrativo. Ao contrário do processo judicial, que só ocorre na última fase, de *disputa* — na qual há a *pretensão resistida* que, conforme entendimento tradicional, caracteriza a *lide* que gera o *interesse-necessidade de agir em juízo* —, o processo administrativo pode tratar de quaisquer das fases citadas ou mesmo antes delas.⁹⁸ De fato, é possível que este seja deflagrado: (a) sem nem mesmo haver prejuízo, decorrendo de mera necessidade de se comunicar (*e.g.* audiência pública) ou participar de processo de tomada de decisões pela Administração (*e.g.* concorrência licitatória); (b) para evitar prejuízo (*e.g.* consulta tributária); (c) para comunicar e reivindicar providência administrativa (*e.g.* pedido de aposentadoria voluntária); além, claro, (d) de solucionar “disputas”, no sentido exposto.⁹⁹

Essa questão é conhecida do debate em torno da necessidade de **requerimento administrativo prévio** à judicialização de demandas em face da Administração: em geral, excetuadas hipóteses de resistência presumida por notória contumácia administrativa, não se verifica interesse-necessidade de atuação jurisdicional se a Administração sequer tiver sido

⁹⁷ No original inglês, os autores dessa concepção chamam tais fases de *naming, blaming e claiming*: FELSTINER, William L.F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . .*, *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, p. 631, 1980, p. 635–636.

⁹⁸ Não por acaso, há quem veja na jurisdição voluntária uma atividade administrativa (“administração pública de interesses privados”), conquanto não haja dúvida que em ambas há exercício regulado do poder estatal (e, nesse sentido, “processo”): DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 145–150.

⁹⁹ Pode-se até vislumbrar que, naquelas circunstâncias prévias à disputa concreta, há um *conflito social presumido* na Administração, que diz respeito à disputa política abstrata e à reivindicação geral de tratamento isonômico — questão esta, porém, que extrapola os limites desta tese.

comunicada da existência do problema a ser resolvido.¹⁰⁰ Verificar essa pertinência de momentos é indispensável na análise de adequação processual.

Em segundo lugar, vale notar a diferenciação, típica dos métodos negociativos, entre **posições, interesses e poderes**. Posições são as condutas externadas pelas partes em conflito, especialmente a de sustentar que seu objetivo é aquele declinado (*e.g.* “quero indenização”). Interesses são os reais incentivos e desincentivos por detrás das posições (*e.g.* “queria desculpas”). Poderes, por sua vez, são vantagens aptas de ostentação por uma das partes para pressionar a outra (*e.g.* “vou judicializar”). Não é raro que a posição não reflita, no todo ou em parte, o real interesse, ou que a própria parte não tenha consciência dos seus verdadeiros interesses (*e.g.* por questões emocionais ou cognitivas), ou mesmo que sustente uma posição incompatível com o real interesse ou aquém dos poderes que estão à sua disposição (*e.g.* por desconhecimento técnico ou assimetria de informação). Com base nisso, o modelo de *negociação baseada em princípios*, do Projeto de Negociação de Harvard, propõe que tratativas voltadas à resolução da controvérsia sejam pautadas em: (i) “focar em interesses, não em posições”; (ii) separar pessoas de problemas; (iii) tentar criar opções para ganhos mútuos; (iv) insistir no uso de critérios objetivos na discussão.¹⁰¹

Embora essa segunda diferenciação possa parecer mais própria de pessoas naturais, ela também tem sua utilidade para pessoas jurídicas, de direito público inclusive. Antes de tudo, porque os representantes das pessoas jurídicas são pessoas físicas, cujos *interesses* (legítimos, *e.g.* medo de responsabilização, ou não, *e.g.* abuso, desvio), embora não se confundam com o da pessoa jurídica, efetivamente interferem na solução das controvérsias desta. Ademais, porque pessoas jurídicas também ocultam *interesses* atrás de *posições e poderes*,¹⁰² como é fácil de perceber, *e.g.*, em demandas com impactos para a reputação de

¹⁰⁰ Segundo entendimento jurisprudencial, não é possível falar em pretensão “resistida” se não houve sequer tentativa de satisfazê-la junto à Administração. Isso não significa que seja necessário esgotar as vias administrativas existentes: se for notório que a Administração se opõe à satisfação espontânea daquela pretensão (*e.g.* por existir ato normativo em sentido contrário), já estará configurada “resistência” bastante para fins de interesse processual. Cf. Tema de Repercussão Geral nº 350 do STF: “I - A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas; II – A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado; (...)” (STF, Pleno, Recurso Extraordinário 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 3 set. 2014; DJe 10 nov. 2014).

¹⁰¹ FISHER, Roger; URY, William L., *Getting to Yes: negotiating an agreement without giving in*, 2. ed. New York: Penguin, 1991, p. 13–23.

¹⁰² *Ibid.*, p. 12.

determinada marca empresarial. Essa percepção é importante também no setor público, por permitir exercitar a diferenciação do *interesse público* em relação às *posições* e *poderes* nos atos contenciosos da Administração — conforme se aprofundará adiante (cf. 1.2.3.b).

1.1.3. Tipos gerais de conflitos

O mapeamento dos tipos de conflitos comporta variadas abordagens. Em rol não exaustivo, pode-se vislumbrar, na *dimensão objetiva*, a diferenciação a partir do *objeto material* do conflito entre “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” e os de natureza não-patrimonial ou indisponível, a exemplo do que faz o artigo 1º da Lei de Arbitragem. Com foco no *objeto jurídico*, a seu turno, pode-se relacionar tipos de conflitos com as ramificações do Direito que trata da relação controversa (*e.g.* criminal *vs.* cível; de família *vs.* fazendário), ou ainda com a natureza da pretensão a ser tutelada (*e.g.* de fazer não-fazer ou entregar coisa: art. CPC, art. 497).¹⁰³ Sob perspectiva da *dimensão subjetiva* também é possível classificar conflitos sob diferentes enfoques. No Direito brasileiro, por exemplo, é tradicional a classificação que distingue conflitos de interesses individuais em contraposição aos de interesses transindividuais, conforme previsto no artigo 81 do CDC. Entretanto, há outros olhares, menos tradicionais, mas igualmente importantes para o Direito.

Com foco em pessoas jurídicas, destaca-se a classificação que separa conflitos (a) *intrapessoais*: da pessoa consigo própria, em razão de conflitos cognitivos ou de propósitos, que repercute nas suas condutas sociais, (b) *interpessoais*: entre indivíduos, (c) *intragrupos*: em decorrência de conflitos na relação entre os membros (*e.g.* ausência de colaboração), nas tarefas designadas (*e.g.* alienação ou divergência de interpretação) ou quanto aos modos de executar (*e.g.* dissonância de procedimentos); (d) *intergrupos*: por competição ou mera aglutinação de pessoas em contraposição a outras por razões de afinidade; (e) *intra-organizacionais*: verticais (*e.g.* chefe-subordinado) ou horizontais (*e.g.* entre departamentos); (f) *inter-organizacionais*:

¹⁰³ É preciso atentar, por outro lado, que “ao situarmos o processo judicial como eixo de observação das manifestação conflituosas, somos enganosamente induzidos a desprezar as diferenças de predicção que guardam entre si processo e conflito”: FREITAS JR., Contribuição da ciência política para um conceito operativo de conflito e uma pragmática responsável da mediação, p. 11.

entre grupos organizados. Como toda pessoa jurídica, as corporações públicas também são, naturalmente, repletas desses tipos de conflitos.¹⁰⁴

Um foco mais aprofundado nas pessoas físicas envolvidas no conflito também é proveitoso. Destaca-se, nesse sentido, a perspectiva proposta por Morton Deutsche, um acadêmico da psicologia social que teve especial impacto nessa compreensão, com repercussão na formulação de políticas públicas, no Brasil inclusive.¹⁰⁵ Sua perspectiva insere noções não captadas por aquela visão formalista de “lide”, como a de que a *percepção* e a *expectativa* das partes entre si podem ser simplesmente irreais, de que decisões coletivas e individuais têm dinâmicas diferentes e de que interações humanas são contextualizadas e interconectadas. Diante disso, aponta que, em geral, conflitos estão pautados em (a) controle sobre recursos (escassos), (b) preferências e incômodos, (c) valores e (d) crenças, especialmente a crença de cada um de que sua compreensão sobre o conflito é correta e verdadeira — em resumo: **necessidades, (des)incentivos e (in)compreensões** —, razão pela qual classifica os conflitos, ainda, em:

- (i) *verídicos*, objetivamente existentes e experienciados pelas partes independentemente do seu contexto;
- (ii) *contingentes*, que dependem de circunstâncias rearranjáveis, mas não conhecidas pelas partes;
- (iii) *deslocados*, em que as partes “disputam sobre a coisa errada”, sobre um conflito *manifesto*, quando na verdade o problema está em um conflito *subjacente*;
- (iv) *mal atribuídos*, que se dá “entre partes erradas”, como nos casos em que, por ideologia, atribui-se a um indivíduo determinadas responsabilidades que são causadas por seu contexto social ou econômico;
- (v) *latentes*, que deveriam estar acontecendo, mas não estão, por estarem reprimidos, deslocados, mal atribuídos ou sequer serem conscientes;

¹⁰⁴ HUSSEIN, Abdul; SALEM AL-MAMARY, Yaser Hasan, Conflicts: Their Types, And Their Negative And Positive Effects On Organizations, *International Journal of Scientific & Technology Research*, v. 8, p. 10–13, 2019. — Em sentido próximo: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann, Administração Pública e mediação: notas fundamentais, *Revista de Direito Público da Economia*, v. 16, n. 61, p. 119–146, 2018.

¹⁰⁵ O Manual de Mediação Judicial do Ministério da Justiça (2009) e a Resolução 125/2010 do CNJ fazem clara adesão a essa proposta. O primeiro cita Deutsch expressamente. O segundo coloca a noção de “concentração em interesses” no seu programa modelo de formação de conciliadores mediadores. Ambos citam mais vezes a palavra “interesse” que “direito”, e a palavra “poder” raramente aparece, exceto como referência a “Poder Judiciário”. Cf. BRASIL, Ministério da Justiça, *Manual de Mediação Judicial*, Brasília: Secretaria da Reforma do Judiciário, 2009.

- (vi) *falsos*, em decorrência de má-percepção ou má-compreensão da realidade.¹⁰⁶

Para o setor público, essa classificação tem importância em diversas circunstâncias. Conflitos *falsos* podem surgir, por exemplo, de parte do cidadão que desconhece que a Administração já fornece o serviço público que está reivindicando em juízo, ou de parte do próprio Estado em razão de erro administrativo; conflitos *latentes*, por sua vez, são férteis em questões sociais em geral, com variadas densidades (das mais políticas às mais juridicamente densas); a complexa rede de competências federativas e de níveis de Poder facilmente podem redundar em conflitos *mal atribuídos*; a massificação de demandas e a padronização de procedimentos pode fazer com que especificidades de casos concretos os coloquem na circunstância de conflito *deslocado*; alocações orçamentárias podem levar a conflitos *contingentes*. Essas nuances que separam os conflitos *verídicos* revelam que a solução de controvérsias administrativas não pode ser tratada como mera seleção de carimbos que enquadram o caso concreto na legalidade abstrata. Vale, por isso, um olhar mais aprofundado a respeito desse universo.

Finalmente, na *dimensão formal*, atentando-se para o modo como o conflito se exterioriza, vale distinguir conflitos que ainda estejam reservados no plano mental das partes interessadas (*e.g.*, porque ainda em fase de *nomeação e atribuição de culpa*), os que tenham sido manifestados em comunicações amigáveis ou não (*reclamação*) ou os que já tenham sido formalizados até mesmo perante terceiros, ganhando densidade jurídico-processual jurisdicional (*disputa*), diferenciação essa que pode ser relevante para a análise de adequação não só relacionada à ferramenta de solução do conflito, mas também ao momento de intervenção.

1.2. CONFLITOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

1.2.1. Dimensão objetiva-substancial (matéria do conflito)

¹⁰⁶ DEUTSCH, Morton, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, New Haven: Yale University Press, 1973, p. 12–16.

1.2.1.a. O que é objeto de conflitos na Administração Pública?

A diversidade de conflitos existentes no âmbito administrativo é ampla. Tanto quanto a própria atividade estatal, seus conflitos se encontram em praticamente todos os cantos do Direito e da sociedade. A legislação brasileira chega a reconhecer como de “interesse público” alguns temas, como aqueles enumerados na Lei de Ação Popular (Lei 4.177/1965, art. 1º, §1º) e na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985, art. 1º).¹⁰⁷ Evidentemente, porém, nesses não se esgotam e, ao menos no contexto judiciário, tampouco compõem a maioria das disputas.¹⁰⁸

Conforme exposto no **Quadro 1**, que representa os principais “assuntos” atribuídos às demandas registradas no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Justiça Comum, em 2019,¹⁰⁹ dentre os **conflitos judicializados, predominam os tributários, previdenciários e de servidores públicos.**

Deve-se ressaltar, ainda, quanto ao **Quadro 1**, que, por razões de competência, a quase totalidade dos processos da Justiça Federal são de temas “administrativos” (ressalvados os criminais: art. 109, CF), ao passo que, na Estadual, os administrativos se diluem junto a outros, de sorte que as porcentagens de cada assunto, em cada Justiça, têm ordens de grandeza não comparáveis.¹¹⁰ Ademais, enquanto a Justiça Federal se concentra no governo federal — facilitando a identificação do perfil dos conflitos governamentais —, a Justiça Estadual tem competência residual — o que faz com que as demandas com entes públicos se misturem, nas

¹⁰⁷ Respectivamente: “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (Lei 4.717/1965, art. 1º, §1º) e os “danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico (...) e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social”.

¹⁰⁸ Apontando que conflitos administrativos têm entre suas fontes, do lado dos cidadãos, as informações difundidas pela mídia, por advogados e por organizações civis, e que, do lado do Poder Público, a “construção de um ambiente propício ao aumento da litigiosidade” se dá por meio de práticas gerenciais, criação ou modificação de políticas públicas, cobranças de tributos, excesso de normas e por “zonas cinzentas de regulamentação”: GABBAY; CUNHA (Orgs.), *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*, p. 28.

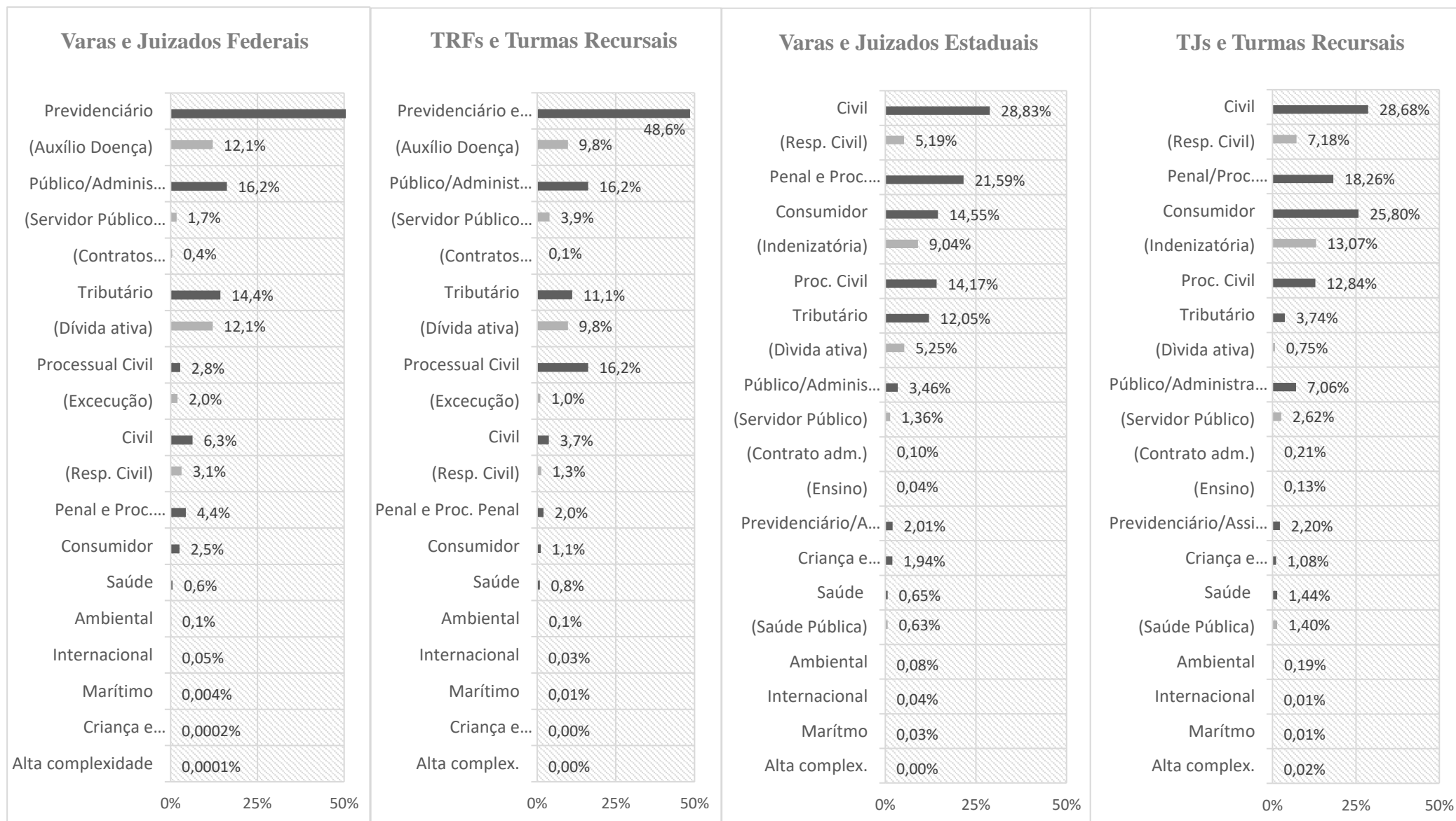
¹⁰⁹ Em 2019, o banco de dados de “casos novos” (contam-se ações, recursos e incidentes ajuizados ou interpostos no período) da Justiça Federal registrou 6.248.311 lançamentos, classificados em 1.686 “assuntos”. Na Justiça Estadual, foram 39.598.648 lançamentos, em 2.416 “assuntos”, os quais se subdividem em até seis níveis de detalhamento (e.g. nível 1: “Direito tributário”; nível 2: “crédito tributário”; nível 3: “extinção do crédito tributário”; nível 4: “prescrição”; nível 5 “suspensão”; nível 6: “arquivamento administrativo – crédito de pequeno valor”). Erros no cadastramento, por vezes manual, devem ser considerados, mas não chegam a afetar o propósito de utilizá-los para desenhar um mapa da litigância estatal.

¹¹⁰ Em 2019, foram registrados, na 1ª instância da Justiça Federal e na 1ª instância da Justiça Estadual, respectivamente: (a) casos previdenciários: 2,04 milhões de casos (50%) e 652 mil (2%); (b) tributários: 588 mil (14%) e 4,1 milhões (12%); (c) de servidores públicos civis, 69,5 mil (1,7%) e 462 mil (1,36%).

estatísticas, às de particulares (*e.g.* não é possível identificar quantos dos casos da categoria “processo civil” são de entes estatais) e, mesmo entre entes públicos, agregue níveis federativos (estadual e municipal) de competências muito diferentes.

Além disso, deve-se considerar que o “Poder Público” atua também por meio de órgãos como o Ministério Público, em defesa de interesses não necessariamente considerados “administrativos”, bem como que o próprio conceito de “Poder Público” em juízo é mal compreendido (cf. 2.3). De todo modo, o quadro dá dimensão do perfil dos assuntos mais discutidos na Justiça Comum, e releva dinâmicas, como a recorribilidade nas demandas de servidores que, tanto na Justiça Federal como na Estadual, ocupam mais espaço no 2º que no 1º grau.

Sem dados como esse, não é possível desenhar políticas de solução de conflitos com objetivos bem delimitados. É possível extrair do quadro, por exemplo, que, para reduzir demandas em volumes aptos a descongestionar o Judiciário, mais se conseguirá focando na desjudicialização de ações previdenciárias e de servidores públicos do que focando em demandas ambientais ou de saúde. Isso não quer dizer, obviamente, que estas demandas não mereçam tratamento adequado e alternativo, ou que o reflexo desse tratamento em nada ajude a reduzir o congestionamento judiciário. O que se quer dizer é que é preciso ter consciência da real capacidade desse tratamento em cumprir a promessa do descongestionamento, de modo que seja possível fazer uma efetiva análise de custo/benefício em face de outros aspectos a serem ponderados — *e.g.* há efetiva melhoria no tratamento da demanda? Quais sacrifícios estão sendo feitos para a medida? Eventual sacrifício é justificável com base em quê?

Quadro 1 - Assuntos das demandas ajuizadas na Justiça Comum – Brasil (2019)

Elaboração própria. Dados brutos: Painel CNJ

(entre parênteses, com barras mais claras) = subcategoria da categoria imediatamente superior, em percentagens relativas ao volume total da instância judiciária

Por outro lado, tais dados tampouco podem ser olhados isoladamente. Eles são um ponto de partida para se formular as perguntas (não suposições) corretas: — *e.g.* seriam as demandas de servidores públicos proporcionalmente maiores devido a erros de origem na política pública de pessoal do Estado, a vantagens processuais desse público ou a desvantagens mais sentidas pelos demais jurisdicionados? É preciso cuidado para deles não se extrair inferências precipitadas. Pouco diz em si, por exemplo, o dado de que demandas previdenciárias ocupam metade do Judiciário Federal; quando essa informação é associada com outras, como a de que 80,6% dos pedidos de aposentadoria por tempo de contribuição solicitadas eletronicamente são concluídas automaticamente,¹¹¹ nota-se que é necessário qualificar o que está sendo judicializado, para se compreender o real conflito e se poder pensar em soluções efetivas — *e.g.* seria necessário um melhor atendimento nos modos não-eletrônicos solicitação de aposentadoria? Há alguma questão jurídica que esteja causando a judicialização de benefícios outros que a aposentadoria por tempo de contribuição?

É curioso que o “Conselho de Monitoramento e Avaliação de Política Públicas” da União tenha afirmado que “a Judicialização de Benefícios administrados pelo INSS não é exatamente uma política pública e sim um tema de impacto relevante na execução da política previdenciária”.¹¹² O deslocamento da discussão previdenciária para o foro judicial pode não ser intencional, mas a conduta da Administração Pública a partir dessa informação deve, sim, ser consciente. Nesse sentido, pela própria relevância do impacto reconhecido pelo Conselho, eventual política de desjudicialização seria, sim, uma política pública e, como tal, deve ser programada, comparando-se alternativas e estimando seus respectivos efeitos.

1.2.1.b. *Conflitos administrativos*

Diante do até aqui exposto, percebe-se que um dos aspectos que podem auxiliar na análise de “adequação” dos métodos de solução dos “conflitos administrativos” é o tipo do conflito. Na perspectiva da *dimensão objetiva*, além daquela tipologia geral já apresentada (cf.

¹¹¹ BRASIL, Instituto Nacional do Seguro Social, *Transformação Digital do INSS*, Apresentações, disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4229/3/Transforma%C3%A7%C3%A3o%20Digital%20no%20INSS%20-%20Renato%20Vieira.pdf>>. acesso em: 9 fev. 2021.

¹¹² BRASIL, Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas, *Judicialização dos Benefícios Administrados pelo INSS: Relatório de Recomendações*, Brasília: CMAG/SFC/CGU, 2019.

1.1.3), é particularmente útil para o estudo proposto atentar para os traços distintivos que certos conflitos têm a partir do *objeto jurídico* da relação controvertida entre Estado e cidadão, dentre as quais destacam-se, no âmbito judiciário, aqueles de natureza tributária, previdenciária e de servidores públicos (cf. **Quadro 1**, *supra*).

Nesse ponto, para fins didáticos, pode-se olhar para a concepção segundo a qual, em sentido objetivo amplo, “Estado” é o próprio ordenamento jurídico¹¹³ (“*Estado-ordenamento*”, sinônimo de “*Direito*”¹¹⁴) — essa noção será retomada adiante (cf. 3.2.1.a). Assim, não só o Poder Executivo está envolto em conflito: o Estado é um todo orgânico conflituoso. Por consequência, virtualmente todos os conflitos ocorridos na sociedade seriam de interesse estatal, pois “na lide está sempre implícita uma injustiça”.¹¹⁵ Essa ideia pautou a tendência de se conceber um direito processual transubstancial, que servisse a qualquer caso (em inglês: “*one size fits all*”), para que a “vontade concreta da lei”¹¹⁶ ocupasse, por meio da jurisdição, o lugar do conflito. Aplicada até mesmo em conflitos entre particulares, essa visão positivista teve ainda mais força nos casos que, pautados pela “legalidade” e pela “supremacia do interesse público”, envolviam a atividade estatal executiva-administrativa.

Uma perspectiva mais moderna é a que inclui no conceito de “jurisdição” não só a atividade judicial de tomar decisões em casos concretos, mas toda a *administração de*

¹¹³ Expondo o pensamento dos principais autores da (i) teoria monista ou doutrina da estatalidade do Direito (Hobbes, Rousseau, Kant, Hegel, Jhering, Austin, Jellinek e Kelsen), pelo qual o Estado não pode deixar de respeitar o Direito por ele próprio criado, donde se extrai que “a soberania é a competência da competência” (Laband) e que é do próprio interesse do Estado cumprir o Direito (teoria da autolimitação); (ii) teoria pluralista (Gierke, Duguit e Jêze — que chegam a negar a personalidade jurídica do Estado —, Hauriou e Santi Romano), pelo qual existe Direito fora do Estado, que é limitado justamente porque não cria o Direito — os quais “refletem duas tendências que se poderiam chamar as constantes da evolução jurídica, porque ora se salienta o elemento liberdade e o pluralismo se acentua; ora predomina a ideia de autoridade e o monismo se exacerba”; (iii) teoria da graduação da positividade jurídica (Del Vecchio), que admite “tantos ordenamentos jurídicos quantos são os centros de determinação jurídica de um dado momento histórico”, e aderindo a esta última: REALE, Miguel, *Teoria do direito e do Estado*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 247, 253, 258, 275, 278, 304, 309. Esse resumo já havia sido referido em: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2017), p. 92.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22–24. Sobre os sentidos do conceito de Estado, sinônimo de Direito em **sentido objetivo** amplo, e sinônimo de sociedade política organizada em **sentido subjetivo** amplo, e de administração pública (em letras minúsculas), em sentido objetivo-funcional, como a atividade administrativa, predominantemente mas não exclusivamente exercida pelo Poder Executivo, e Administração Pública (em letras maiúsculas), em sentido subjetivo-orgânico, como as pessoas, órgãos e agentes públicos que exercem a tal atividade, ver, respectivamente: KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 262. DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 75.

¹¹⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Como se faz um processo*, Trad. original de 1957. Leme: CLE, 2015, p. 27.

¹¹⁶ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, p. 8.

justiça.¹¹⁷ Nesse sentido, é objeto da atividade “jurisdição” não só o dever do Estado de prestar esse serviço público¹¹⁸ a quem, exercendo seu *direito* de ação, lhe provoque para colocar em marcha o *processo de tomada de decisão judicial*, mas também o dever do Estado de *coordenar* um *sistema multiportas* de processos de tomada de decisão, dando concretude à *ordem jurídica justa* e, portanto, à própria razão de ser do Estado-ordenamento.

Note-se que se “administra justiça” até mesmo em relação à própria atividade legislativa do Estado. Trata-se, aliás, de atividade conflituosa por natureza, desde o processo de escolha do legislador (*e.g.* nas ações eleitorais) e de elaboração de leis (*e.g.* disputas entre parlamentares a respeito do rito legislativo), até o momento pós-legislativo (*e.g.* no controle de constitucionalidade). Nesta última hipótese, tem-se os chamados “**conflitos objetivos**”, isto é, conflitos de normas (de *direito objetivo*), os quais não deixam de ser problemas alocativos. Até leis que atribuem nome a ruas escolhem entre possibilidades excludentes. Em tese, tratam de questão de mera lógica-formal (hierarquia de normas), mas, na prática, mesmo o controle abstrato de constitucionalidade tem uma dinâmica contenciosa (art. 103, §3º, CF¹¹⁹), até porque sua discussão tem, por definição, um conflito presumido: a da disputa política pelo poder de fazer escolhas legislativas. Esse contraditório dá vazão não só à *posição* jurídica em defesa da (in)constitucionalidade da norma em questão, mas também aos *interesses* dos legitimados (que, não por acaso, são entes politicamente implicados no “conflito subjacente” presumido).¹²⁰ Não se trata de “jurisdição voluntária” (administração judicial de interesses privados), mas, antes, de fiscalização do debate público. Iniciativas de contestação de normas em abstrato não se dão por puro amor à lógica jurídica, mas porque há interesses concretos na alocação das possibilidades de decisão.

¹¹⁷ A controvérsia sobre ser a “administração de justiça” e de métodos não-judiciais uma função administrativa ou jurisdicional não interfere nos propósitos desta tese e extrapola seu escopo. Para uma perspectiva que a concebe no conceito de “jurisdição”: GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, p. 7.

¹¹⁸ Afirmando que não se pode perder de vista que processo é um “serviço público”: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Privatização do processo?*, in: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Ed.), *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 2001, v. 7, p. 18.

¹¹⁹ CF, art. 3º, §3º: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

¹²⁰ Cf. RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 259–261. O autor se posiciona juntamente a autores que não vêm partes, interesses ou “lide” no “contencioso objetivo”.

Também com fins didáticos, é possível separar, de um lado, tais conflitos objetivos, em que está em foco o próprio ordenamento jurídico (Estado-ordenamento), e, de outro lado, **conflitos intersubjetivos**, em que o Estado figure como sujeito de direitos e deveres.

Estes últimos tampouco são exclusividade da atividade executiva-administrativa. As atividades relativas às outras *funções estatais* (judicante e legiferante) são igualmente objeto de conflitos. A atividade legislativa pode ser objeto de conflitos, por exemplo, quando sua omissão prejudica aquele que se viu obrigado a impetrar mandado de injunção, ou quando um parlamentar se vê obrigado a ajuizar mandado de segurança em face de sua casa legislativa por violação ao processo legislativo. A atividade de jurisdição, igualmente, também será objeto de conflitos, quando, na relação jurídica endo-processual, um erro jurisdicional é objeto de recurso, ou mesmo quando, em ação autônoma, reivindica-se indenização por erro judiciário (art. 5º, LXXV, CF) — ação esta deduzida em face da *Fazenda Pública*, a qual, portanto, não trata apenas da função administrativa-executiva, mas também responde pelo “serviço público” de administração da justiça. A discussão em torno da responsabilidade do Estado-juiz pelo “serviço” jurisdicional é, aliás, objeto de típica ponderação do custo social das falhas judiciárias (*e.g.* por sobrecarga, falta de homogeneidade, erro humano, ou corrupção), provocadores de impactos sistêmicos, como em qualquer sistema.¹²¹

Interessa ao presente estudo, porém, aprofundar-se naquelas relativas à *função administrativa*, cujas atividades recebem diferentes classificações na doutrina jurídica, as quais, porém, não tinham em vista o aspecto “conflituoso” do Estado, nos termos aqui colocados. Dentre elas, destaca-se a tradicional classificação francesa que distingue as atividades estatais de “império” e “serviço público”. Nela, costuma-se incluir a atividade de gestão da burocracia estatal em “**serviço público**”, até porque os “**atos de gestão**” (*acta iure gestionis*) costumam ser vistos (não só no direito francês, mas também no brasileiro e no direito internacional) como

¹²¹ Sobre o tema, afirmando, de um lado, que, nos “atos lícitos praticados pelo Poder Judiciário”, “não há como aplicar a regra da repartição dos encargos sociais; o benefício e o prejuízo alcançam apenas as partes no processo”, mas, ao mesmo tempo, por outro lado, que, partindo da premissa de que há responsabilidade em caso de “erro, dolo, simulação, fraude, culpa”, deve-se levar em conta os “problemas do Poder Judiciário”, destacando dentre “os mais graves”: (a) volume de trabalho; (b) maior complexidade de atuação; (c) procedimento excessivamente rígido; (d) sobrecarga de ações iguais; (e) excesso de garantias para os magistrados. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*, v. 198, p. 85–96, 1994, p. 94–96. — Sobre a diferenciação entre responsabilidade pela *jurisdição* e pelo *serviço judiciário* (atividades materiais não judicantes): CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 289–302.

contraposição aos “atos de império” (*acta iure imperii*).¹²² Esse binômio, no entanto, não parece suficiente para classificar os conflitos administrativos, pois confunde traços que parecem distintos do ponto de vista da conflituosidade — *e.g.* conflitos implicados nas diretrizes de uma política pública assistencial merecem tratamento separado de conflitos implicados na contratação de computadores ou de pessoas empregadas na implementação da política pública —, ao mesmo tempo que distingue outros traços que poderiam ter tratamento comum — *e.g.* questões contratuais comuns na materialização de quaisquer atos estatais, sejam de império ou de serviços públicos.¹²³

Ainda assim, olhando para o *assunto fonte do conflito*, é possível aproveitar essa classificação para mapear, em linhas gerais, a matéria controvertida — trata-se, repita-se, de referência ao *objeto* da controvérsia, não à *natureza* da relação controvertida ou da solução que dela advirá. À vista do até aqui exposto, parece que convém abordar esse aspecto sob perspectiva tripartite.

Com isso em vista, sem pretensão de esgotar os temas sobre os quais versam as controvérsias administrativas, e com fins meramente didáticos, que auxiliem a prosseguir o estudo, pode-se distinguir:

- (a) conflitos *decorrentes* do exercício de **imposições estatais**, assim entendidas aqueles em que predomina situações que pressupõem a

¹²² Sobre a divisão tradicional francesa das “missões” da administração pública em poderes de política e serviços públicos: LEBRETON, Gilles, *Droit administratif général*, 7. ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 125.

¹²³ Passada a fase do Estado-liberal, em que preponderava a polícia administrativa, estudiosos franceses chegaram a afirmar que o direito administrativo havia se reduzido ao “serviço público”. Segundo um dos expoentes da chamada “escola do serviço público”: “O direito público moderno se torna um conjunto de regras determinantes da organização do serviço público e garantia de seu funcionamento regular e ininterrupto. De relação de soberano a súditos, nada mais aparece (...) mas sim uma regra fundamental, da qual se derivam todas as demais: a regra que impõe aos governantes a obrigação de organizar os serviços públicos, de fiscalizar seu funcionamento, de evitar toda interrupção”: DUGUIT, Léon, *Les transformations du droit public*, Paris: Armand Colin, 1913, p. 52, tradução livre. — Atualmente, as atividades (ou “missões” da ação estatal) estudadas no direito administrativo francês costumam ser divididas por seus autores (coerentemente com seu hábito acadêmico de dividir temas em dois “grandes” grupos) em polícia administrativa e serviço público. Cf. LEBRETON, *Droit administratif général*, p. 125. WALINE, Jean, *Droit administratif*, 28. ed. Paris: Dalloz, 2020, p. 379–380. Ambos dividem o tema em órgãos (sujeito), ação (objeto – incluindo aqui as “condições” para a ação, decorrentes do regime jurídico e, no caso de Waline, os “meios” de ação, por atos e contratos administrativo) e controle (processo e jurisdição administrativa). — No direito brasileiro, autores destacam da polícia administrativa o fomento e a regulação, e desta a intervenção econômica. Compilando essas classificações feitas por Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho e Fernando Andrade de Oliveira: DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 80–82. Dividindo as funções em polícia administrativa, serviço público e regulação: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia, *Funções Administrativas do Estado*, São Paulo: RT, 2019, p. 409–410.

“autoridade como *ultima ratio*”¹²⁴ (ainda que eventualmente possa se associar a módulos consensuais), traduzida na (a.1) *polícia administrativa* (e.g. tributação, desapropriação e fiscalizações em geral) ou na (a.2) *regulação* (faceta essa que cresce conforme a legislação parlamentar perde capacidade, exigindo que a Administração exerça atividade normativa complementar);

- (b) conflitos decorrentes de deveres de **prestações estatais**, assim entendidos os que derivam de situações em que há poder-dever de prestação de utilidades pelo Estado à sociedade, como os (b.1) *serviços públicos*, fornecidos diretamente pela própria organização estatal, indiretamente por meio de particulares contratados pela iniciativa pública, ou (b.2) por meio da *intervenção* direta no domínio econômico (e.g. serviço prestado por empresa estatal), ou mesmo (b.3) por meio do *fomento* à iniciativa privada para que empreenda atividades que gerem externalidades positivas à sociedade;
- (c) conflitos decorrentes da **gestão-burocrática estatal**, assim entendidos os que derivam de situações relacionadas às atividades-meio do Estado, instrumentais às suas prestações ou ao próprio exercício do império, em a Administração se vinculou de modo (c.1) *negocial/contratual* (e.g. contratos de trabalho, estatutário ou celetista; contratos de concessão de obra ou serviço público; contratos de compra de produto ou serviço de terceiro; relações societárias, associativas ou de consórcio; convênios e parcerias) ou (c.2) *extranegocial/extracontratual* (e.g. responsabilidade civil).

Assim, por exemplo, os conflitos de natureza tributária, previdenciária e de servidores públicos, que correspondem àqueles assuntos mais recorrentes nos litígios administrativos judicializados no Brasil, conforme o **Quadro 1** (*supra*), se enquadrariam,

¹²⁴ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Regulação*, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.), *Tratado de direito administrativo*, v. 4: *funções administrativas do Estado*, 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 523 (contextualizando regulação e poder de polícia nas funções administrativas).— Em perspectiva mais ampla, que abrange as outras *funções estatais* além da administrativa, pode-se dizer que também se agrupariam como relacionados ao poder de império estatal os conflitos nos quais o cidadão se oponha à função judicante (e.g. mandado de segurança contra ato judicial) ou discuta a função normativa do Estado (e.g. mandado de injunção), ambas expressões da autoridade estatal.

respectivamente, como conflitos sobre império estatal, prestações estatais e gestão-burocrática estatal.

É importante ressaltar, nesse ponto, que **não se confundem o objeto da controvérsia e a situação jurídica**¹²⁵ **das partes** face a esse objeto; embora, na origem da relação controvertida, a Administração possa estar em posição de *potestade* (isto é, de exercer direito potestativo), de *sujeição* (isto é, em que está obrigada a observar direito potestativo alheio) ou *negocial* (isto é, em que está apta a conjugar vontades) — como, não raro, ocorrerá nos conflitos citados (tributários, previdenciários, de pessoal), respectivamente — nada impede que conflitos *sobre* o império estatal se resolvam de modo negocial (*e.g.* acordos sobre sanção administrativa¹²⁶) ou que conflitos *sobre* a gestão-burocrática estatal possam acabar resolvidos a partir do exercício de um direito potestativo por uma das partes (*e.g.* cláusula de opção sobre o modo de reequilíbrio contratual). Nesse sentido, a antiga distinção entre a relação jurídica de direito processual e a de direito material serve, em linhas gerais, para compreensão das situações conflituosas independentemente de sua formalização em juízo ou mediante outro método.¹²⁷

Deve-se ressaltar, ainda, que essa classificação não visa a exaurir a taxonomia do fenômeno da conflituosidade estatal, nem tampouco a partir dela resgatar os ranços autoritários da *doutrina do fisco* (que destacava a atividade fazendária da atividade soberana do Estado – cf. 1.2.2.a) ou da distinção entre atos administrativos de gestão e de império (em que se acentuava a unilateralidade, negligenciando o diálogo com o cidadão¹²⁸). Visa-se, apenas, delimitar o objeto do estudo da presente tese, a fim de abranger tipos de conflitos que abordem matérias recorrentes na rotina da Administração Pública, distinguindo-as acordo com as *funções administrativas* porque delas se **resgatam as finalidades da respectiva atividade estatal**,

¹²⁵ A *situação jurídica* é o “conjunto de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude de circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles desenvolvem”, ou, simplesmente, “situações existenciais qualificadas ou legitimadas pelo direito”; são direitos subjetivos, deveres, ônus, faculdades, potestades, sujeições, expectativas de direitos, direitos eventuais, pretensões, vistos da perspectiva de uma das partes: AMARAL, *Direito civil: introdução*, p. 186.

¹²⁶ Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de, *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹²⁷ Descrevendo a evolução dessa distinção e apontando a crítica à posição de Oskar Von Bulow por centrar sua teoria num “suposto contrato de direito público que geraria a relação jurídica processual e a obrigação de colaboração das partes e do juiz”: CARMONA, Carlos Alberto, Considerações sobre a evolução conceitual do processo, *Revista de Processo*, v. 57, p. 39–54, 1990, p. 47.

¹²⁸ A propósito, criticando esse ranço de “absoluta indiferença com administrados e com a sociedade”: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, A superação do ato administrativo autista, *in*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor (Orgs.), *Os caminhos do ato administrativo*, São Paulo: RT, 2011, p. 96.

auxiliando, assim, na análise de pertinência (adequação) entre as condutas contenciosas do Estado e o escopo da tarefa que está executando.

Diante disso, tem-se que, para os fins deste estudo, vale adotar o **conceito de “conflito administrativo”** que corresponde àquele que, quanto à *dimensão objetiva*, discute relação jurídica enquadrada em uma dessas três categorias representativas de grandes grupos dos objetos jurídicos que compõem a atividade da Administração. Visa-se, com essa delimitação conceitual, a dar utilidade ao conceito, de modo que, a partir da distinção do perfil de cada tipo de conflito, e seguindo a proposta de racionalidade do presente trabalho, sirva de ferramenta efetiva para análise de “adequação” de seus respectivos métodos de solução.

1.2.2. Dimensão subjetiva-institucional (atores do conflito)

1.2.2.a. A incompreendida “Fazenda Pública”: quem é o “Estado litigante”?

Quem é o “Estado”, ator de conflitos, o “maior” litigante do país, que precisa melhorar a qualidade de sua litigância “excessiva”? Quando a lei prevê regras especiais para a “Fazenda Pública”,¹²⁹ a quem se refere? Quem depende do orçamento público para solucionar seus litígios? Qual a lógica da lei de arbitragem ao disciplinar a competência para firmar compromisso na administração “direta”, mas não para entes da administração “indireta”, como autarquias? Essas questões merecem monografias próprias; importa para os fins desta tese, porém, o discernimento de algumas de suas premissas.

A antiquada noção de que o “Estado em juízo” se faz presente pela “Fazenda Pública”, a qual se preocuparia apenas com interesses da máquina administrativa (para alguns, “secundários”), não só é um equívoco conceitual, como induz à falsa impressão de que a atuação contenciosa do Estado é um fenômeno isolado, alheio aos sistemas de políticas públicas, de incentivos de condutas humanas e de resultados socioeconômicos. O conceito de “Fazenda Pública” tem antecedente na **doutrina do fisco**. Com a formação dos Estados-nacionais e a expansão mercantil, cresceu a interação patrimonial entre cidadão e Estado. Sentiu-se necessidade, então, de separar o imperador e seus bens privados, imunes ao Direito (“o rei não erra”), da pessoa jurídica do “Fisco”, que materializava fins do Estado (*utilitates*) e

¹²⁹ Vide artigos 83, 91, 152, 534-535 e 910 do CPC; artigo 100 da CF.

que, mesmo dotada de autoridade (como tributar: *jura fisci*), sujeitava-se ao direito comum (*jus civile*). Chegou-se a conceber uma *dupla personalidade jurídica do Estado*, uma do soberano, outra do Fisco: “o Estado manda e o Fisco paga”.¹³⁰

No Estado republicano, porém, o **sentido subjetivo de “Estado”** pressupõe *personalidade una* que denota, em sentido amplo, a “sociedade politicamente organizada”, a qual se afirma com independência no plano externo (“Estado-soberano”) e com superioridade do seu poder em relação a quaisquer outros no plano interno (“Poder Público”).¹³¹ Em sentido estrito, refere-se ao conjunto de instituições que representam essa sociedade (Legislativo, Judiciário e Executivo, que são *órgãos* de uma mesma *pessoa*). Ressalvadas divisões federativas internas (União, Estado, Distrito Federal, Município e consórcios federativos) e de descentralização administrativa (autarquias, fundações e empresas estatais), não há outras *cisões de personalidade jurídica estatal* no direito brasileiro interno (art. 41, CC).

Quando são parte de ação judicial, essas personas encarnam a totalidade de sua personalidade. Se alguém ajuíza ação indenizatória com fundamento em erro judiciário, quem estará em juízo não será o Poder Executivo nem o Judiciário, mas o ente federativo, que materializa a *sociedade politicamente organizada*, em sua inteireza. Igualmente, quando sociedade empresária é parte, quem está em juízo não é o administrador ou o empregado, mas a *sociedade* empresária em si. Apelidos como “Fazenda” e “Fisco” são apenas **metonímia**, figura de linguagem que se vale do nome de uma parte (órgão) para se referir ao todo (pessoa jurídica, sistema institucional).

A organização dos *poderes* (em minúsculo, denotando aspecto objetivo-finalístico) em estruturas burocráticas separadas revela um dos primeiros juízos de “adequação” da atuação do Estado. Para que tenham funcionalidade, entendeu-se que seria necessário garantir independência entre seus agentes, sem prejuízo de sua *harmonia* (CF, art. 2º), de acordo

¹³⁰ Cf. MEYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires: De Palma, 1949, p. 59–66; FALLA, Fernando Garrido, La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado, *Revista de Administración Pública*, n. 119, p. 7–48, 1989, p. 8. MEYER, *Derecho administrativo alemán*, p. 59–66.

¹³¹ RANIERI, Nina, *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*, Barueri: Manole, 2013, p. 14. — O termo “poder público” é utilizado, na doutrina brasileira, de forma polissêmica, sem a precisão que tem o seu equivalente francês “*puissance publique*”, que é utilizada pela doutrina francesa para distinguir os atos da Administração que denotam “poder de comando”, distinto dos “atos de gestão”, e que seria melhor traduzida em língua portuguesa como “potestade pública”: BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 57.; CRETELLA JR., José, Prerrogativas e sujeições da Administração Pública, *Revista de Direito Administrativo*, v. 103, p. 16–32, 1971, p. 17.

com a ideia de “racionalização” (isto é, da concepção de que, realizando fins-específicos, tais agentes conseguem melhor atingir ao fim-comum). Fins predominantes e competências especiais, mas não exclusivas, foram atribuídos aos “Poderes” (em maiúsculo, denotando o aspecto subjetivo-organizacional). A atividade-fim administrativa (cf. 2.1.1.2) foi predominantemente atribuída ao “Poder” Executivo, mas também é residualmente exercida por outros “Poderes” (e.g. atividade de administração do pagamento de precatórios pelos tribunais¹³²). Quando se fala em “**Administração Pública**”, portanto, trata-se da personificação estatal que responde pelas atividades administrativas advindas de quaisquer dos Poderes, não necessariamente, embora majoritariamente, do “Poder” Executivo.

Nesta unidade orgânica do fenômeno estatal, seus vários órgãos servem aos propósitos de uma só “sociedade politicamente organizada”, de modo que devem guardar coesão. A falta de coesão entre órgãos estatais é contraditória tanto quanto uma pessoa humana cuja boca diz ir a uma direção, mas as pernas vão em outra. É o que ocorre quando legislação, jurisdição e administração são contraditórias ou seus órgãos agem de modo disforme. **A faceta contenciosa do Estado não está alheia a esse sistema.** É parte desse conjunto orgânico que se articula para dar vida ao “Estado”.

Para articular essa unidade orgânica é preciso compreender suas divisões funcionais. No plano interno, a federação brasileira é composta por União, 26 Estados-federados, Distrito Federal e 5.570 Municípios, com órgãos que exercem “poderes públicos” legislativos, administrativos (= **Administração direta ou central**) e, exceto nos municípios, jurisdicionais. Alguns órgãos têm independência funcional, como Tribunais de Contas (vinculados ao Legislativo) e o Ministério Público (cuja vinculação é controversa¹³³), o qual, a exemplo de outros tantos órgãos (e.g. mesas legislativas, governadores, Defensoria Pública),

¹³² CF, art. 100, §6º e Súmula 311 do STJ: “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”.

¹³³ Diferentemente de países como EUA, cujo Ministério Público tem clara vinculação ao executivo, e França, cujo *Parquet* tem clara vinculação à magistratura, o tema é controverso no Brasil. Em seu portal institucional, o próprio Ministério Público Federal afirma que não integram qualquer dos Poderes da República, mas que, no passado, integrou o Poder Judiciário (Constituição de 1967) e o Poder Executivo (Constituição de 1969): BRASIL, Ministério Público Federal, *Sobre o Ministério Público (MP)*, Portal do MPF, disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/servicos/sac/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/sobre-o-ministerio-publico-mp>>. acesso em: 18 maio 2021.

podem postular em juízo até mesmo em face da própria pessoa à qual pertence (diz-se que há, aí, uma *personalidade judiciária* autônoma¹³⁴).

Os entes-federativos podem destacar de si pessoas jurídicas a eles vinculados, mas autônomas (= **Administração indireta ou descentralizada**) — como se fossem subsidiárias de uma *holding* de sociedades empresariais —, que podem ser (a) de direito público, como (a.1.) autarquias, com graus de independência maiores (“autarquias especiais” ou “agências”) ou menores, (a.2) fundações autárquicas e (a.3) consórcios públicos, ou (b) de direito privado, como (b.1) fundações governamentais de direito privado¹³⁵ e (b.2) empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista, dependentes ou não dos cofres públicos: LRF, art. 2º, II). Inúmeros órgãos despersonalizados dão corpo a essas pessoas, que tornam o “Estado” uma realidade, seja por sua intervenção direta, seja indiretamente, articulando-se com instituições, *não pertencentes à Administração*, da iniciativa privada (*e.g.* organizações sociais, concessionárias de serviço público permissionários), pessoas naturais (*e.g.* titulares de serviços cartoriais, tradutores juramentados), entre outras figuras (*e.g.* fundações de apoio, serviços sociais autônomos).

Quem destes integra a “**Fazenda Pública**”? Não há dúvida que pessoas jurídicas de direito público (entes federados, autarquias, fundações autárquicas e consórcios públicos) integram este conceito. Em relação aos demais, porém, não há clareza.¹³⁶

No âmbito judiciário, por exemplo, sequer há critérios unificados para determinar as competências das varas fazendárias. Na jurisprudência, alguns casos revelam que a confusão não é só de organização institucional, mas também de compreensão. É ilustrativa a jurisprudência sobre a extensão do regime orçamentário de precatórios a certos entes. Na

¹³⁴ STF, Pleno, ADI 1557/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 31 mar. 2004, publicado em 18 jun. 2004.

¹³⁵ As “fundações governamentais de direito privado” são figura peculiar: “segundo a jurisprudência da Corte [do STF], a qualificação de uma fundação instituída pelo Estado como sujeita ao regime público ou privado depende de dois fatores: i) do estatuto de sua criação ou autorização e ii) das atividades por ela prestadas. Não há na Constituição Federal o elenco das atividades que definiriam qual o regime jurídico a ser aplicado a uma determinada fundação pública. Entretanto, existem alguns pressupostos lógico-jurídicos que devem ser utilizados como critérios discriminadores” (Recurso Extraordinário nº 716.378/SP, j. 7 ago. 2019, DJE 29 jun. 2020).

¹³⁶ O “uso frequente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-lo num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo; em Direito Processual, a expressão Fazenda Pública contém o significado de Estado em juízo. Daí por que, quando se alude à Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo do Estado em juízo ou do ente público em juízo, ou, ainda, da pessoa jurídica de direito público em juízo”: CUNHA, Leonardo Carneiro da, *A Fazenda Pública em juízo*, 13ª. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 5.

medida que o art. 100 da Constituição prevê sua aplicação a “pagamentos devidos pelas *Fazendas Públicas*”, o debate acabou concentrado no esforço de enquadrar entes administrativos neste conceito fazendário, em vez de debater a finalidade do ofício “precatório”, expedido pelo juiz ao presidente do respectivo tribunal, que é a de manter coerência com o *processo legislativo de aprovação orçamentária* (CF, art. 165); em vez de considerar quais entes são abrangidos por esse processo legislativo-orçamentário (*e.g.* empresas estatais dependentes), debandou-se para tentativas de enxergar traços (antiquados) de autoridade estatal em entes prestadores de serviços públicos “típicos” que os diferenciaram de outros que teriam se desnaturado de sua estatalidade por exercer “atividade econômica”.¹³⁷ Por consequência, abre-se caminho para que o desconhecimento sobre a estrutura estatal leve a confusões de conceitos *orçamentário-financeiros* (precatórios), *econômico-administrativos* (intervenção do Estado na economia) e *processuais* (cumprimento de condenações de obrigação de pagar), sob pretexto de definir conceitos que não são propriamente *processuais* (conceito de Fazenda Pública e processamento de precatórios). Nota-se que a falta de clareza conceitual pode prejudicar a coesão entre a *função processual* e a *função administrativa* de certas medidas.

No âmbito legislativo, encontram-se também casos que relevam hesitações quanto aos limites conceituais dos entes fazendários. Um exemplo é a enigmática previsão do Código Civil (art. 41, parágrafo único), que fala em “pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado”.¹³⁸ Na seara processual também se verificam exemplos, como a extensão do poder de firmar convenção arbitral a quem possa transacionar, “na Administração *direta*”, mas não na *indireta* (art. 1º, §2º, LARB), e da citação eletrônica

¹³⁷ O tema é polêmico. Embora tenha traçado a “atividade econômica em sentido estrito” como elemento que determinaria quais empresas estatais estariam fora do regime de precatório, as decisões do próprio STF não são uniformes ao interpretar esse conceito. Os argumentos mais presentes são a presença de (i) serviço público; (ii) capital social “predominantemente” público; (iii) ausência de concorrência; (iv) não distribuição de lucros. Embora se trate de regra processual-orçamentária (cf. MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2019), p. 247–248.), chama atenção que a questão sobre a dependência, prevista no art. 1º, §3º, b da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), não seja um argumento aprofundado neste debate. — Vide, ainda: SCHIRATO, Vitor Rhein, *A noção de serviço público em regime de competição*, text, Universidade de São Paulo, 2011, p. 43–44.

¹³⁸ “Ora, o que seria ‘estrutura de direito privado’? Seria a estrutura dada a alguma das pessoas arroladas como de direito privado no art. 43: associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada? Respondendo-se afirmativamente, essa regra seria, então, aplicável a certas fundações públicas (não explicitamente previstas no art. 41, mas englobadas em seu inc. V) e às associações públicas (art. 41, IV)”: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, Pessoas “de direito público” responsáveis, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Ed.), *Tratado de Direito Administrativo*, 2. ed. São Paulo: RT, 2019, v. 7, p. 353.

para “empresas *públicas* e privadas” (provavelmente quis dizer “empresas *estatais*”), mas não sociedades de economia mista (art. 246, §1º, CPC).

No âmbito executivo, a dificuldade em delimitar o conceito de “Fazenda Pública” é aumentada na medida em que a rede de concretização dos serviços estatais se amplia para colocar, ao lado de entes administrativos propriamente ditos, figuras *não-administrativas*, como “fundações de apoio”¹³⁹ e concessionárias de serviços públicos (as quais exercem até mesmo poderes de império, como desapropriar: art. 3º, Decreto-Lei 3.365/1941), dificultando a compreensão, para leigos, sobre quem é o “Estado”.

Delimitar esse conceito é um pressuposto elementar para se falar em “adequação” de métodos para a “Fazenda Pública”, o que traz reflexos práticos importantes nas políticas de solução de conflitos administrativos, pois, sem conhecer o sujeito do conflito, não é possível analisar a “adequação” do método de solução.

Essa delimitação conceitual importa, em primeiro lugar, para a *justificação* das regras processuais aplicáveis à Fazenda Pública, notadamente as chamadas **prerrogativas fazendárias** (para alguns, “privilégios”¹⁴⁰), tema merecedor de estudo que foge ao escopo aqui proposto,¹⁴¹ mas que vale ser citado tendo em vista que, no Estado de Direito, tais prerrogativas só são válidas na medida em que a respectiva *análise de adequação* seja justificável. Conforme entendimento tradicional, tais tratamentos diferenciados se dão em razão da natureza da pessoa pública, tal como há prerrogativas a outros sujeitos processuais como o filho incapaz, o réu preso, o idoso (CPC, arts. 53, II; 72, II; 1.048, I), casos em que a *hipossuficiência* ou mesmo a *urgência* (e.g. o idoso corre o risco de jamais ver o resultado do processo), em tese, justifica

¹³⁹ Trata-se de figura intrincada. São “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da Administração Direta ou Indireta, em regra por meio de convênio”, o qual, “normalmente”, “prevê, em benefício da entidade, a utilização de bens públicos de todas as modalidades (...) e servidores públicos”: DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 629–630.

¹⁴⁰ Há opinião no sentido de que estas regras especiais já constituem, desde hoje, ilegítimos “privilégios”, pois “as procuradorias são muito bem formadas (...) O que era uma prerrogativa passou a ser privilégio. Agora é vantagem para iguais”: CARMONA, Carlos Alberto, “*Arbitragem não vai desafogar o judiciário*”, diz Carlos Carmona, Portal Jota, disponível em: <<https://www.jota.info/justica/arbitragem-nao-vai-desafogar-o-judiciario-diz-carlos-carmona-21082015>>. acesso em: 15 dez. 2022.

¹⁴¹ Para aprofundamento, cf. a ainda atual obra: GRINOVER, Ada Pellegrini, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 25–89. A autora defende separar as *prerrogativas* efetivamente necessárias para a proteção do interesse público dos inconstitucionais *privilégios* de interesse pessoal.

tratamento especial. No caso da Administração Pública, há prerrogativas que não passam de consequências lógicas do sistema estatal, como a isenção de taxa judiciária para um ente federativo litigue nos seus próprios tribunais. Outras, porém, a exemplo do incapaz, do preso e do idoso, presumem hipossuficiências administrativas e urgências excepcionais no socorro ao interesse público. Um dos paradigmas são os prazos dilatados para contestar.¹⁴²

Nesse contexto há um perigoso raciocínio: a tradição de prerrogativas pressupõe, na verdade, uma tradição de deficiência administrativa.¹⁴³ Depositar nelas a missão de satisfazer o interesse público é um perverso caminho, pois desestimula o combate do real problema – ou alguém cogita que a Administração brasileira tenha um planejamento para deixar de precisar de tratamentos excepcionais?¹⁴⁴ Trata-se de tentativa de **compensar processualmente deficiências administrativas** que traduzem a implícita **escolha entre os custos sociais** aí implicados: investir na redução das deficiências administrativas, assumir o risco de que os representantes estatais façam defesas sem tais investimentos ou tolerar os efeitos decorrentes da postergação processual. A legitimidade dessas prerrogativas depende, por isso, da qualidade da respectiva análise de adequação.¹⁴⁵

(...) deve-se considerar que os órgãos de Advocacia Pública (as “procuradorias”) trabalham com uma demanda altamente *elástica* (pois não têm controle sobre o fluxo de processos), ao passo que seus recursos [humanos, considerando que o número de advogados é fixado por lei] são [praticamente] *inelásticos*, pois não se pode contratar novos funcionários ou novo suporte material de imediato, ao mesmo tempo em que tampouco podem “recusar” o trabalho, como podem os advogados privados¹⁴⁶), de modo que

¹⁴² “É da tradição do direito brasileiro estabelecer-se prazo dilatado para a Fazenda Pública contestar e recorrer” NERY JR, Nelson, O benefício da dilação do prazo para o Ministério Público no direito processual civil brasileiro (interpretação do artigo 188, do Código de Processo Civil), *Revista Justitia*, v. 125, n. 46, p. 93–116, 1984, p. 113. — Defendendo as prerrogativas fazendárias: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ISHIKAWA, Liliane Ito, As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no projeto do Código de Processo Civil (PLS n. 166, de 2010, *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190, p. 191, 2011.

¹⁴³ “O regime de prerrogativas processuais perdura como um voto de desconfiança do Poder Público em seus próprios agentes”: TALAMINI, A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória), p. 65.

¹⁴⁴ Por isso, “não é possível genérica e abstratamente afirmar que a instituição de benefícios processuais à Fazenda Pública é constitucional ou não”: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A Fazenda Pública no processo civil*, 2. ed. São Paulo: Alas, 2016, p. 19.

¹⁴⁵ Este parágrafo resume texto mais abrangente já defendido em: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública (2017)*, p. 218.

¹⁴⁶ Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 35. Deve-se registrar, no entanto, que o autor suprimiu esta afirmação, embora sem contradizê-la, na edição mais recente desta obra (13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 33).

não podem contar com margens muito enxutas de prazos, pois, quando o seu fluxo de trabalho superar as suas capacidades, não conseguirá cumpri-los.¹⁴⁷

É curioso notar, nesse ponto, que o CPC/1973 (art. 188) concedia prazo em *quádruplo* para contestar “quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”, referindo-se a uma *pessoa jurídica* e a um *órgão* desta mesma pessoa jurídica, ao passo que no CPC/2015 (arts. 180, 183, 186) não mais se refere à pessoa fazendária, mas ao seu advogado (a “Advocacia Pública”), assumindo que **se trata de uma escolha institucional**. Ademais, reduziu a dilação de prazo, agora em dobro para contestar, o que pressupõe, naturalmente, ter sido feito um juízo de adequação do legislador, o qual, porém, não é conhecido (ao menos não consta da exposição de motivos do CPC/2015¹⁴⁸), revelando uma cultura legislativa que admite análises de adequação processual simplesmente implícitas, pouco transparentes e desapegada de parâmetros objetivos. Nesse contexto, ao exortar a Administração a usar métodos alternativos ao judiciário sem indicar parâmetros de escolha (como fazem o art. 3º do CPC e o art. 151 da Lei 14.133/2021), o legislador transfere aos administradores públicos não só o ônus de realizar um juízo *discricionário* de adequação, mas também o de *criar parâmetros* que, no atual estágio da cultura jurídica nacional, não estão desenvolvidos.¹⁴⁹

Em segundo lugar, a delimitação de quem é o “Estado litigante”, “Fazenda Pública”, ou “Poder Público em juízo” importa porque a indefinição do conceito prejudica a compreensão de que o conjunto do “Poder Público” é uma *rede*¹⁵⁰ composta por **inúmeros entes que têm objetivos, custos e impactos que afetam uma mesma sociedade**. Esse universo é compreendido por pessoas jurídicas *centrais* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e *descentralizadas* (autarquias, fundações públicas ou governamentais privadas, empresas estatais, consórcios públicos) que, embora trabalhem separadamente, produzem *um só resultado agregado na sociedade*: o Estado-administrador, o Estado-legislador, o Estado-juiz

¹⁴⁷ MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2017), p. 220.

¹⁴⁸ BRASIL, *Exposição de Motivos (Anteprojeto do NCPC)*.

¹⁴⁹ “De todo modo, a despeito das causas e críticas sobre as “prerrogativas” da Administração Pública, fato é que, no momento da assinatura da convenção ou do termo de arbitragem, deverá considerar de modo realista sua condição para atender os prazos combinados. A arbitragem é um método que se presta justamente à adaptação do procedimento às características do caso concreto (no que se incluem as características das partes envolvidas”): MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2017), p. 220.

¹⁵⁰ O conceito de “Estado-rede” é desenvolvido em: CASTELLS, Manuel, Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação, in: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, J.; SOLA, L. (Orgs.), *Sociedade e Estado em transformação*, São Paulo: UNESP, 1999, p. 147–171.

são um só Estado (= sociedade politicamente organizada), cujo produto é a soma dos seus atos, espontâneos ou contenciosos, de suas várias facetas.

Por isso, deve-se compreender, a um só tempo, que o fenômeno estatal tem (ou deveria ter) uma coesão unitária, mas que não se trata de uma estrutura monolítica, de modo que, ao se falar em “Administração Pública litigante”, não se pode dar a incorreta impressão de que se está falando de um só sujeito, um só regime jurídico, uma só atividade e, tendo em vista a pluralidade da sociedade que representa, tampouco um só “interesse público”, uno e objetivamente identificável.¹⁵¹ Não basta, por isso, referir-se a “Estado em juízo”, pois se pode estar falando de diferentes sujeitos de direito (*e.g.* União *v.* Município), ou de diferentes facetas institucionais desses sujeitos (*e.g.* Ministério Público *v.* Administração central), de distintos regimes jurídicos (*e.g.* autarquia *v.* empresa estatal) e de assuntos cuja variedade é tão extensa quanto é o próprio Direito (*e.g.* embargo alfandegário, demarcação de terras, aluguel, reclamação trabalhista, dano ambiental). Enfim, para o processo judicial e quaisquer outros métodos de solução de conflitos administrativos, é importante perceber que **a “Administração Pública-litigante” não é um homogêneo, grande e monolítico ator, mas, na verdade, um “setor” de milhares de atores heterogêneos**, com tamanhos, finalidades e situações jurídicas diferentes, que requerem, assim, análises diversificadas de adequação quanto à atuação processual. Municípios pequenos têm realidades, competências e capacidades muito diversas da União. Empresas estatais têm regimes e finalidades muito diversos de autarquias. E um mesmo ente pode estar em situações conflituosas das mais variadas, desde hierárquico-disciplinares até relações de consumo.

Em terceiro lugar, cabe notar que a citada falta de clareza conceitual prejudica a tarefa de **dimensionar a litigância do “Poder Público”** — o que é relevante já que o espaço ocupado pelo Estado no sistema de Justiça é um tema notoriamente recorrente no contexto da formulação de políticas judiciárias e de solução de conflitos administrativos. Mesmo com a informatização do judiciário, essa apuração não é possível sem padronização e conhecimento sobre a organização do Estado.

¹⁵¹ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação, *in*: MARRARA, Thiago (Org.), *Princípios de direito administrativo*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 425. — No mesmo sentido, e por isso cunhando o termo *Estado pluriclasse*: GIANNINI, *Il pubblico potere*.

Embora seja de fácil aceitação a afirmação de que o “Estado” é um “grande” litigante, é difícil dimensioná-lo com precisão. O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mesmo depois de 18 edições (2003-2021) da série “Justiça em Números”, não dispõe desse dado de forma objetiva. Algumas tentativas foram feitas e, aparentemente, abandonadas nos últimos relatórios da série. Entre outras razões, destaca-se a hesitação em conceituar e fixar critérios para delimitar o que são ações do “setor público”. De todo modo, apesar dessas **necessárias ressalvas quanto aos dados existentes**, não se pode deixar de reconhecer o pioneiro e contínuo esforço do CNJ em aprimorar seu banco de dados, o qual, por ser o mais bem qualificado que se localizou, é a seguir analisado.¹⁵²

Uma tentativa de dimensionar a litigância estatal foi empreendida, pelo CNJ, na “Série Histórica Justiça em Números”, publicada em 2009.¹⁵³ Sem diferenciar competências cíveis ou criminais, a série destacou um grupo, composto por “União, Estados, Municípios, INSS, CEF, Banco do Brasil e outros entes da Administração Pública Indireta”, nomeado “Poder Público”. Embora traga números de “ações propostas” em que esse grupo aparece como demandante ou demandado, não há clareza sobre critérios que permitiriam comparações com outros indicadores trazidos no relatório, como o número de “pessoas atendidas” ou de “processos originários e recursais que ingressaram na justiça”, no período. Nesse contexto, pouco se pode fazer além de um exercício especulativo, como o ensaiado no **Anexo I**, no qual se testou três possíveis formas de comparar tais números (“ações propostas” pelo ou contra o Poder Público *vis a vis* número de novos casos na 1ª instância, número de novos casos na 1ª instância somada à 2ª instância e número de “pessoas atendidas”), cujos resultados tiveram ordens de grandeza próximas a um cenário em que o Poder Público teria representado em torno de **1/4 dos demandantes e 1/4 dos demandados** na Justiça Comum (Federal e Estadual — a ordem de grandeza cai para 1/5 se somada a Justiça do Trabalho), no período de 2004 a 2008.

¹⁵² Ao contrário dos dados do Poder Judiciário fornecidos pelo CNJ, os quais ao menos tentam seguir parâmetros comuns, dados dos Poderes Legislativo e Executivo dos mais de cinco mil entes federados brasileiros não guardam padronização comparável entre si. Mesmo no governo federal, não foram localizados dados padronizados sequer na Administração direta. A Advocacia Geral da União, por exemplo,

¹⁵³ Ver relatórios das Justiças Estadual e Federal da “Série Histórica 2004 a 2008”, publicados em 2009, em: BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números*, Portal CNJ, disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. acesso em: 12 dez. 2021.

Outra tentativa de dimensionar a litigância estatal (não comparável com a anterior¹⁵⁴) foi realizada, pelo CNJ, nos relatórios “*100 maiores litigantes*”, publicados em 2011 (ano-base 2010) e 2012 (referente a janeiro a outubro de 2011).¹⁵⁵ À parte de outras importantes ressalvas metodológicas,¹⁵⁶ destaca-se, precisamente, a vacilante delimitação de quem é o “litigante público”: “União”, “Advocacia Geral da União” e “Fazenda Nacional” foram (impropriamente) separadas, não se sabe se por razões conscientes (*e.g.* segregação de causas tributárias) ou por mero acaso de se usar o costumeiro apelido “Fazenda Nacional” no lugar de “União”, como parece ter acontecido também quando o relatório separou “Fazenda do Estado de Pernambuco” e “Estado de Pernambuco”. Por outro lado, “Municípios de Santa Catarina” são agrupados como um só litigante (não há informação se a Capital está incluída), ao passo que outros “Municípios” são catalogados separadamente. Com essas ressalvas em mente, o relatório traz duas espécies de resultados: uma considera os litigantes individualmente (**Quadro 2**) e outra que agrega litigantes por “setores” (**Gráficos 1 e 2**).

¹⁵⁴ Destaca-se que (i) a série histórica *incluía* as empresas estatais no conceito de “Poder Público” ao passo que esta as *excluiu* do conceito de “setor público”; (ii) a série histórica *não* tinha dados da Justiça do Trabalho, ao passo que o levantamento dos maiores litigantes *incluiu* a Justiça do Trabalho no seu universo.

¹⁵⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, “*100 maiores litigantes*” - 2011 (ano-base 2010), Brasília: CNJ, 2012. E BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, “*100 maiores litigantes*” - 2012 (ano-base 2011), Brasília: CNJ, 2012.

¹⁵⁶ A primeira ressalva é temporal. A pesquisa publicada em 2011 se refere ao acervo (“saldo”) de processos existentes até 31 de março de 2010. Isso significa que foram computados tanto processos que sofriam de “congestionamento” (isto é, que perduram por longo período sem solução ou “baixa”), como processos “novíssimos”, ajuizados até o último dia da apuração. Já a pesquisa publicada em 2012 se refere aos processos ingressados (“novos”) entre 1º de janeiro de 31 de outubro de 2011 (um período de dez meses, não de um ano). Trata-se, portanto, de uma tentativa de retirar dos números o viés do congestionamento, embora não haja informação sobre a depuração entre processos puramente novos e processos incidentais a outros já pré-existentes. Embora se trate de anos diferentes e haja um hiato de nove meses entre uma pesquisa e outra (abril a dezembro de 2011), a proximidade do período e a diferença dos dados permitem algumas reflexões.

A segunda ressalva é de que não há informação, na pesquisa de 2011, sobre a separação em graus de jurisdição ou tipos de procedimento. Na pesquisa de 2012, afirma-se que foram considerados apenas os processos ingressados em primeiro grau nas varas comuns e nos juizados especiais (excluindo-se, portanto, ações originárias de tribunais).

A terceira ressalva é quantitativa. Não são divulgados os números absolutos que levaram ao *ranking*. Na primeira pesquisa, de 2011, os percentuais divulgados dizem respeito a comparações dos cem maiores litigantes *entre si*; ou seja: os percentuais apontados indicam a participação de cada litigante *no conjunto de processos dos próprios cem maiores litigantes*. Já a segunda pesquisa, de 2012, as listas se referem ao “o percentual de processos em relação ao total ingressado entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011”; ou seja, indicam a participação de cada litigante *no universo de todos os processos, envolvendo ou não os cem maiores litigantes*, ajuizados naquele período.

O segundo relatório, de 2012, afirma: “Não foi possível apurar de forma exata o número de processos que cada parte possui e tampouco o número de processos dos 100 maiores litigantes. Portanto, optou-se por apresentar os dados neste relatório indicando-se o percentual de processos ingressados por litigante em relação ao total de processos ingressados no período de referência”. BRASIL, *100 maiores litigantes (base 2011)*, p. 6.

Quadro 2 – Os "100 maiores litigantes do Brasil": 11 primeiros colocados (2010/2011) ¹⁵⁷

Acervo acumulado até mar. 2010		Ações novas ajuizadas de jan. a out. 2011			
1	INSS	22,3%	1	INSS	4,38%
2	Caixa Econômica Federal	8,5%	2	B.V. Financeira S/A	1,51%
3	Fazenda Nacional	7,45%	3	Município de Manaus	1,32%
4	União	6,97%	4	Fazenda Nacional	1,20%
5	Banco do Brasil S/A	4,24%	5	Estado do Rio Grande do Sul	1,17%
6	Estado do Rio Grande do Sul	4,24%	6	União	1,16%
7	Banco Bradesco S/A	3,84%	7	Municípios de Santa Catarina	1,13%
8	Banco Itaú S/A	3,43%	8	Banco Bradesco S/A	0,99%
9	Brasil Telecom Celular S/A	3,28%	9	Caixa Econômica Federal	0,95%
10	Banco Finasa S/A	2,19%	10	Banco Itaucard S/A	0,85%
11	Município de Manaus	2,05%	11	Banco Itaú S/A	0,82%

100% = conjunto de processos “não baixados” até março de 2010, nas Justiças Federal, Estadual e do Trabalho, em que os cem maiores litigantes eram parte.

100% = universo de todos os processos ajuizados, em 1º grau, entre janeiro de outubro de 2011, nas Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, *excluídos os juizados especiais*, envolvendo ou não os cem maiores litigantes.

Elaboração gráfica própria. Dados: CNJ, “100 maiores litigantes” (2011 e 2012)

O que se pode extrair do **Quadro 2** é que diversos entes da Administração apareceram dentre os maiores litigantes, no período. O nível federal se destaca tanto pela administração direta (“União” e “Fazenda Nacional”), como indireta, notadamente por uma autarquia, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que despontava como *o maior litigante do país*, em 2011, e uma empresa pública, a Caixa Econômica Federal. Um Estado (Rio Grande do Sul), um Município (Manaus) e um conjunto de “Municípios de Santa Catarina” também estão no topo do *ranking*, mas, como isso é inesperado, já que há entes de maior população e economia, não se pode descartar erro no banco de dados.

Considerando todo o universo dos “100 maiores litigantes”, no acervo acumulado nas Justiças Comum e do Trabalho, até 2010, encontram-se 30 registros que se referem a pessoas jurídicas de direito público e 16 empresas estatais (7 bancárias). Ou seja, 46

¹⁵⁷ Foram selecionados 11 a fim de se comparar as posições do Município de Manaus e do Banco Itaú S/A, as quais seriam omitidas de uma das tabelas se selecionados apenas os 10 primeiros colocados.

de 100 dos maiores litigantes integrariam a administração pública direta ou indireta. Se somados os 7 conselhos profissionais que figuram na lista, o número sobe para 52 dos 100 maiores.¹⁵⁸ A partir destes dados, não é possível afirmar que “o” Poder Público é “o maior” litigante, mas é possível afirmar que, no período, *certos entes públicos* estavam *entre os maiores litigantes* e, com as ressalvas a seguir aprofundadas, que aproximadamente **metade dos maiores litigantes**, individualmente considerados, pertenceriam à Administração Pública. Os **Gráficos 1 e 2** ilustram essa circunstância e apontam, ainda, que aproximadamente metade dos processos (51%) do acervo acumulado pelos cem maiores litigantes, até 2010, era do setor público, bem como que este setor foi o que mais ajuizou demandas dentre o grupo de maiores litigantes (mas não que tenha ajuizado a maioria das demandas), entre janeiro e outubro de 2011.¹⁵⁹

¹⁵⁸ (Número no *ranking*/Nome registrado):

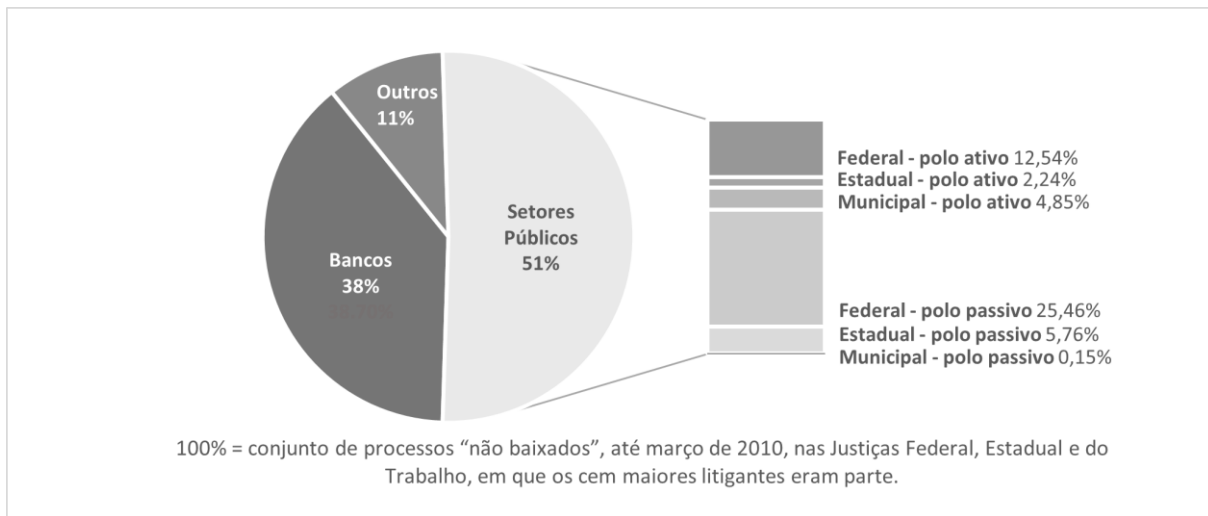
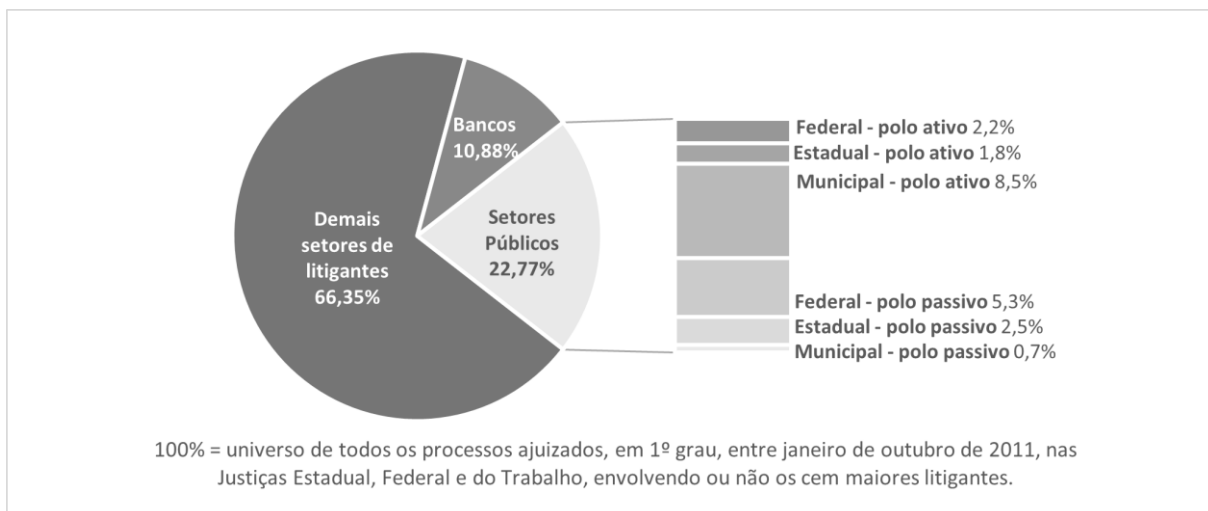
(Pessoas jurídicas de direito público) 1. INSS. 3. Fazenda Nacional. 4. União. 6. Estado do Rio Grande do Sul; 11. Município de Manaus; 12. Município de Goiânia; 20. IPERGS – Instituto de Previdência do Rio Grande do Sul; 24. Advocacia Geral da União; 28. Estado de Goiás; 31. Município de Anápolis; 33 e 42. “Fazenda Pública do Estado de Pernambuco” e “Estado de Pernambuco”, respectivamente; 35. FUNASA; 43. Estado do Mato Grosso do Sul; 44. IBAMA; 49. Estado de Santa Catarina. 50. INCRA. 54. Município de Aparecida de Goiânia. 55. Estado de Mato Grosso. 67. Município de Águas Lindas de Goiás. 68. Justiça Pública. 69. INMETRO. 70. Município de Salvador. 72. Município de Aracajú. 74. Estado do Maranhão. 75. Fazenda Pública estadual [não identificada]. 83. Autoridade Policial. 92. Município de Uruaçu. 94. Fazenda Pública municipal [não identificada]. 99. Município de Ocidental.

(Empresas estatais) 25. Grupo CEEE. 30. Petrobrás; 39. EBCT. 48. Manaus Energia S/A (pré-privatização). 51. EMGEA. 65. Sabesp. 96. CDHU 97. Saneago.

(Bancos estatais) 2. CEF; 5. BB; 18. Banco Nossa Caixa S/A. 23. BANRISUL. 56. Banco do Nordeste do Brasil S.A. 61. Banco do Estado de Santa Catarina 62. Banco do Estado do Paraná.

(Conselhos) 66. CREA. 71. CRC. 81. OAB. 86. CRA/ES. 98. CRMV. 91. CRP-5. 100. CRECI-1.

¹⁵⁹ A pesquisa “100 maiores litigantes” chega a apresentar os percentuais de participação dos maiores litigantes *em cada Justiça*. Contudo, sem a informação dos números absolutos que levaram a esses percentuais, ou pelo menos a informação de *quanto cada Justiça* representa em relação ao universo de total de processos ajuizados, tal informação é de pouca utilidade. Assim, por exemplo, a apuração de que o setor público federal figura em 4,2% dos processos da Justiça Estadual e em 68% dos processos da Justiça Federal é inútil para essa finalidade, já que a Justiça Federal tem competência especial (Constituição Federal, art. 109, I), de modo que é natural que a quase totalidade de seus processos de natureza cível envolva, em alguma medida, a Administração federal direta, suas autarquias e empresas públicas.

Gráfico 1 - "100 maiores litigantes": processos acumulados por setor (até mar. 2010)**Gráfico 2 - "100 maiores litigantes": processos novos por setor (jan.-out./2011)**

Elaboração própria. Dados: CNJ, Justiça em Números: 100 maiores litigantes (2011/2012)

Mais importante, porém, é perceber que **não há "o", mas "os" litigantes públicos**. Apesar da unidade orgânica do Estado, não se trata de um ator processual uno, mas de múltiplos atores — assim como, guardadas as diferenças de natureza, o sistema financeiro nacional não é agregação de atores. Mais do que do ponto de vista quantitativo, essa informação importa por razões qualitativas, pois há diferenças substanciais nas atividades e situações jurídicas entre os atores públicos, o que se reflete no mérito, no perfil e, portanto, nas condições de "adequação", de suas controvérsias.

Ao segregar níveis federativos, os **Gráficos 1 e 2** trazem uma primeira camada de aprofundamento a respeito desse setor de vários e diferentes litigantes. Nesta amostra, vê-se que os setores públicos federal e estadual figuram predominantemente no polo passivo, ao passo que o setor público municipal apareceu predominantemente no polo ativo. A única outra categoria que também aparece mais no polo ativo que no passivo é a dos Conselhos Profissionais. Ou seja: exceto por Conselhos Profissionais e Municípios, os maiores litigantes, públicos ou privados, estiveram mais no polo passivo que no polo ativo de demandas. Os **setores públicos federal e estadual, assim, apresentaram perfil de litigância semelhante ao de prestadores de serviços**, bancos, seguradoras, indústrias e comerciantes, cujo polo predominante também é o passivo (ver 2.2).

Os relatórios do CNJ não aprofundam essa análise,¹⁶⁰ mas, ao consultar dados brutos contemporâneos, infere-se que a litigância ativa dos Municípios é concentrada na execução fiscal de sua dívida ativa.¹⁶¹ Os dados localizados não identificam a origem dessa diferença, podendo-se apenas levantar hipóteses, como questões de competência (*e.g.* serviços públicos locais e de menor porte, nos Municípios), de incentivos para se demandar mais em face de Estados e da União (em geral, mais ricos e mais bem estruturados) do que em face de Municípios, ou até mesmo questões de gestão (como a capacidade de organizar e informatizar a dívida ativa). Levantamentos futuros são necessários para testar essas hipóteses.

Ademais, devem-se destacar inconsistências, na pesquisa, que ilustram a **hesitação na definição de “setor público”**. Parte delas decorre da sobreposição de setores (*e.g.* a Petrobrás não foi considerada setor público, mas “industrial”; a Fundação Habitacional do

¹⁶⁰ A explicação não parece estar nos Juizados Especiais. A Lei 12.153/2009, que instituiu os juizados especiais das fazendas estaduais e municipais ainda era muito recente na data da apuração (janeiro a outubro de 2011). Segundo a pesquisa, somando-se juizados federais e estaduais, o Município que teve participação mais expressiva foi o Município de Franca, 95º colocado da lista, com 0,05% dos processos dos cem maiores litigantes: BRASIL, *100 maiores litigantes (base 2011)*, p. 33.

¹⁶¹ Ao se tentar buscar respostas no banco de dados brutos do CNJ, cuja data mais remota é do ano de 2014, constata-se que o assunto mais demandado no 1º grau da Justiça Estadual é “dívida ativa tributária”, seguido de “IPTU/Imposto Predial e Territorial Urbano”, que é um tributo de competência municipal. Ressalvados erros de cadastro —*e.g.* as demandas de execução de IPTU podem estar subestimadas, pois parte delas podem ter sido cadastradas simplesmente como “dívida ativa tributária” —, e presumindo que não houve mudanças bruscas nos padrões de litigância estatal entre 2011 e 2014, é razoável cogitar as demandas municipais se concentram na cobrança de dívidas tributárias, em coerência com o fato de que execuções fiscais têm alto índice de congestionamento. Cf. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números: Painel*, Portal CNJ, Seção “Pesquisas Judiciárias”, disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>>. acesso em: 19 maio 2021.

Exército¹⁶² foi considerada “banco”). Outra parte decorre da incompreendida natureza dos entes administrativos (e.g. Conselhos Profissionais são considerados setor à parte, apesar de a jurisprudência lhes atribuir natureza “autárquica”; fundos públicos, desprovidos de personalidade jurídica ou judiciária, como FGTS e FNDE, aparecem como autônomos). Tampouco há clareza se fundações governamentais de direito privado (e.g. Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul) foram enquadradas como setor “público”. Tais inconsistências, além de comprometerem a precisão dos resultados pesquisados, testemunham a **falta de compreensão, pelo Poder Público, de sua própria configuração**.

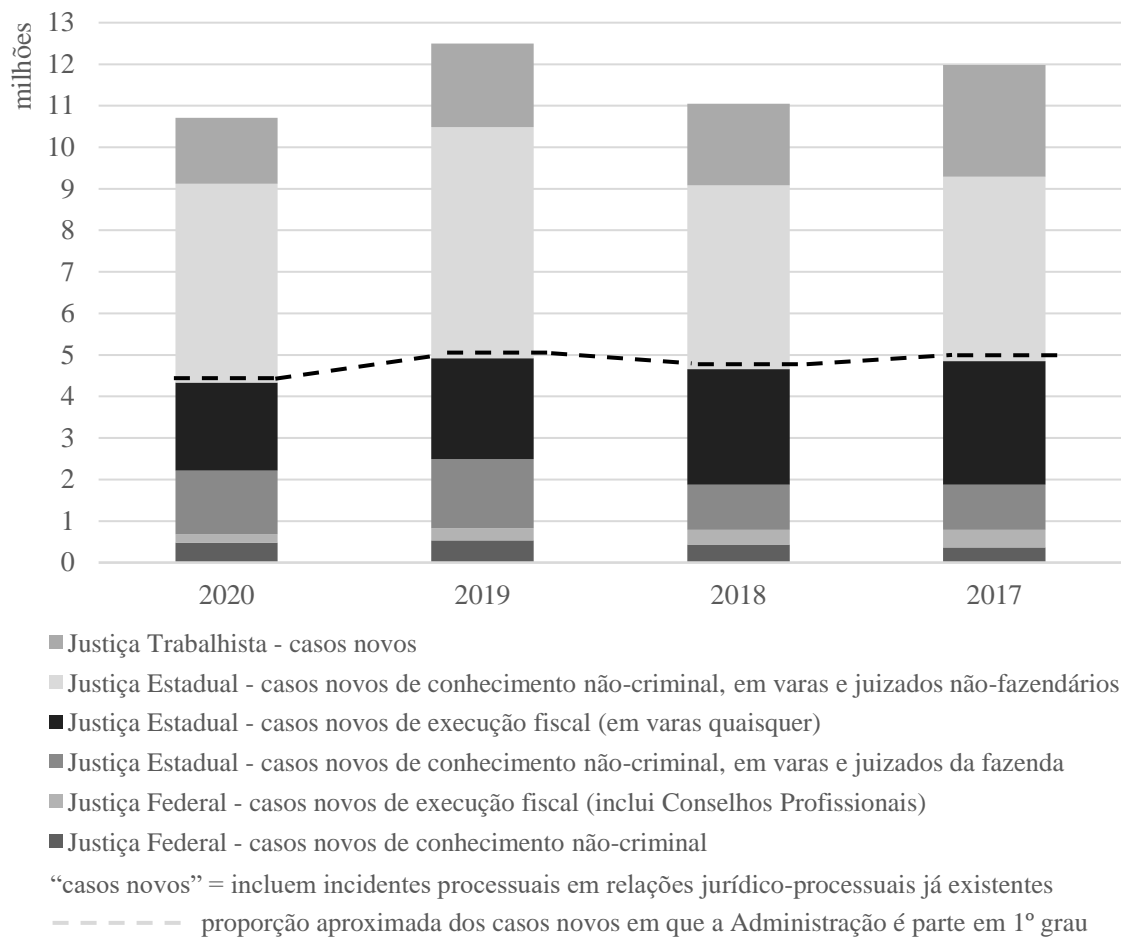
Depois dessas duas tentativas inconclusivas, o CNJ não mais trouxe números compilados sobre o “Poder Público” nos seus relatórios da série “Justiça em Números”.¹⁶³ Na verdade, o banco de dados brutos, recentemente aberto pelo CNJ pela ferramenta interativa “Painel”,¹⁶⁴ aponta que **não existem dados consistentes sobre o real tamanho da litigância da Administração Pública** em relação ao volume total de processos judiciais em trâmite no judiciário brasileiro. O que se consegue extrair são dados aproximados, na medida em que não só falta uniformização (e compreensão) sobre o conceito de “Fazenda Pública”, como faltam dados efetivamente comparáveis.

¹⁶² Nos termos da Lei 6.855/1980, trata-se de fundação pública com personalidade jurídica de direito privado, cujo objetivo é gerir a Associação de Poupança e Empréstimo – POUPEX. Tal entidade aparece na listagem específica dos cem maiores litigantes da justiça federal, mas não na listagem geral.

¹⁶³ Em 2015, a Associação dos Magistrados do Brasil levantou dados semelhantes, porém, não abrangeu todas as unidades da Federação e tampouco focou no discernimento conceitual sobre quem é o Poder Público. Segundo a pesquisa, “a maior concentração em Primeiro Grau, como parte ativa, foi constatada nos Tribunais de Justiça de Santa Catarina [56,19%], Distrito Federal [38,7%] e Mato Grosso do Sul [29,9]. No polo passivo, Santa Catarina [53,4%] novamente figura na liderança, seguida dos Estados do Rio de Janeiro [24,1%] e da Paraíba [43%]. No Segundo Grau, no polo ativo, as maiores concentrações estão em Sergipe [47,9%], em Santa Catarina [46,5%] e na Bahia [39,2%]; e no passivo estão o Rio Grande do Sul [28,9%], o Distrito Federal [39,7%] e o Mato Grosso do Sul [35,2%]. Por fim, nas Turmas Recursais, no polo ativo, Mato Grosso do Sul [58,4%], Paraíba [55,7%] e Santa Catarina [54,6%] respondem pelos mais altos percentuais. No polo passivo, os Estados de Sergipe [21,3%], da Bahia [41,4%] e da Paraíba [28,3%] ocupam os primeiros lugares no ranking”: SADEK, Maria Tereza Aina *et al.*, *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*, Brasília: Associação dos Magistrados do Brasil - AMB, 2015, p. 17.

¹⁶⁴ BRASIL, *Justiça em Números: Painel*.

Gráfico 3 - Participação aproximada da Administração Pública em casos novos em 1º grau (Brasil, 2017-2020)



Elaboração própria. Dados brutos: CNJ, Painel “Produtividade”

O **Gráfico 3** representa a melhor estimativa que se conseguiu extrair da ferramenta do CNJ. Aponta quantos dos novos “casos” — assim considerados não só as novas *relações jurídico-processuais*, mas também incidentes de uma mesma relação jurídico-processual, o que pode implicar duplicidade¹⁶⁵ —, ajuizados em cada ano. Ao se considerar os casos distribuídos a varas fazendárias, tem-se uma noção aproximada do tamanho da litigância da Administração Pública.

¹⁶⁵ “para contabilização do número de casos novos, também são considerados os ingressos na dimensão fase/instância. Assim, um processo que inicia a fase de execução pode ser, ao mesmo tempo, um caso novo de execução e um baixado de conhecimento”: BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números 2020 (ano-base 2019)*, Brasília: CNJ, 2020, p. 94.

Entretanto, escapam ainda algumas especificidades relevantes. Por exemplo, na Justiça Estadual, não é possível identificar casos da Administração que foram distribuídos a varas comuns (por falta de vara especializada em Fazenda Pública). Na Justiça Federal, incluem-se no cômputo de casos não-criminais as ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público em defesa de direitos difusos (*e.g.* ambiental). Há informação sobre execuções fiscais, que representam um volume importante no estoque judiciário, mas não há dados sobre execuções cíveis comuns, que podem ter tanto partes privadas como públicas.

Por isso, os dados disponíveis permitem apenas estimativas aproximadas. Não foram localizados dados que permitissem afirmar o real “tamanho” do ator “Estado” dentre os litigantes no judiciário brasileiro. Ou seja, exceto se houver base em dados diversos dos aqui mapeados, não é possível afirmar com precisão qual o “tamanho” dessa participação.

De todo modo, as estimativas aproximadas são coerentes com o senso comum de que o setor público ocupa espaço significativo do judiciário nacional: provavelmente o *maior* espaço na *comparação* entre *setores* (bancário etc.). Não é possível afirmar que a *maioria* do universo *total* de casos seja do setor público; por outro lado, rechaçar essa hipótese dependeria ainda de dados que considerassem que o setor público é transversal a outros setores, ora se valendo do setor privado para realizar fins públicos, ora oferecendo apoio público ao setor privado. Isso é relevante porque é natural que a presença do Estado na sociedade com um todo seja refletida nos índices de litigância — se há “excesso” de Estado ou não é questão para outro trabalho — de modo que considerações pretensamente “quantitativas” sobre os “excessos” da litigância estatal não poderiam ser feitas sem esse tipo de prévia análise qualitativa. Como visto, porém, os dados disponíveis não permitem afirmações precisas a esse respeito.¹⁶⁶

Ainda assim, os dados são suficientes para se perceber que a participação do Poder Público no Judiciário brasileiro é de “**ampla escala**”, no sentido de que o tamanho desse litigante é tal que certos movimentos seus (*e.g.* decorrentes de nova regra processual especial para a Fazenda Pública) podem provocar efeitos diretos (à parcela de jurisdicionados que

¹⁶⁶ A propósito, em entrevista, o então Advogado Geral da União assim reagiu: “ConJur — A grande questão é que a União é a maior litigante do país... Luiz Inácio de Lucena Adams — Essa conta é injusta. ConJur — Qual é a conta justa? Adams — A União também é a maior prestadora de serviços do país. O Estado brasileiro atende 26 milhões de beneficiários de previdência social, lida com 30 milhões de contribuintes, lida com um milhão e meio de servidores no âmbito federal, lida com 190 milhões de brasileiros que usam o serviço de saúde...”: ADAMS, Luis Inácio, “*União é maior litigante e maior prestador de serviços*” - *Entrevista com o Advogado-Geral da União*, Consultor Jurídico, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-30/luis-adams-nao-separacao-entre-estado-governo-burocracia-politica>>. acesso em: 11 ago. 2020.

litigam com o Estado) e indiretos (*e.g.* reflexos da concentração de recursos humanos e materiais no sistema judiciário) na sociedade. Tendo em vista que é recorrente a formulação de políticas públicas com base na premissa de que o Estado é um litigante habitual, seria recomendável investir na apuração de dados mais precisos, não porque haja dúvida quanto à existência da habitualidade, mas porque entender sua dimensão pode auxiliar análises de impacto, de custo/benefício e, portanto, de “adequação”.

Quadro 3 – Mapa de objetos e sujeitos jurídicos em conflitos estatais (Brasil)

Objetos jurídicos de relações estatais controvertidas		Sujeitos de direitos que figuram como “parte” estatal de conflitos	
conflitos objetivos	conflitos sobre o direito objetivo (Estado enquanto encarnação do ordenamento jurídico)	inter-nacional	Estado-soberano (Estado enquanto encarnação da sociedade, interessada na proteção da soberania e em relações comerciais)
conflitos inter-subjetivos	conflitos sobre (a posição do Estado como sujeito de direitos em): imposições estatais - judicantes - legiferantes - administrativas (polícia, regulação) prestações estatais (serviço público, intervenção econômica direta, fomento) gestão estatal (contratual, extracontratual)	inter-federativos	Consórcios públicos (associações públicas, de personalidade pública ou privada)
		intra-federativos	Entes-federados = pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estado, Municípios, DF), por seus <i>órgãos</i> independentes (<i>e.g.</i> MPF) ou por <i>órgãos</i> subordinados (<i>e.g.</i> AGU) P.J. de direito público da adm. indireta - autarquias e fundações autárquicas - conselhos profissionais ¹⁶⁷ P.J. de direito privado da adm. indireta - fundação governamental de dir. privado - empresas estatais (empresa pública ou sociedade de economia mista)

*Elaboração própria*¹⁶⁸

1.2.2.b. Relações administrativas controvertidas: entre o individual e o coletivo

¹⁶⁷ Cf. Súmula 583 do STF, que declarou a natureza “autárquica” dos conselhos profissionais.

¹⁶⁸ P.J. = Pessoa Jurídica; adm. = administração.

O outro lado da relação controvertida em que a Administração Pública é parte pode ser ocupado por atores de diferentes conformações. Ao se olhar pela perspectiva da *dimensão subjetiva*, verifica-se que as relações controvertidas de que a Administração Pública é parte não se limitam ao modelo tradicional do litígio entre vizinhos, em que há um sujeito de direito em cada polo, debatendo sobre limites das suas propriedades privadas cujas cercas podem ser medidas com régua. A diversidade é tal que há casos em que, por intermédio de diferentes órgãos, o Poder Público litiga contra si mesmo. Diante disso, sem a pretensão de esgotar esse complexo cenário, vale tentar estabelecer um panorama dos tipos de relações jurídicas que podem envolver conflitos administrativos.

Nas situações de conflito do Estado, encontram-se diferentes sujeitos nelas direta ou indiretamente interessados. Todo o povo, a “sociedade politicamente organizada”, é, ao menos indiretamente, interessado nos conflitos estatais. Não seria útil, porém, uma classificação de tamanha abstração, especialmente numa sociedade “pluriclasse”, caracterizada pela multiplicidade e contradição de interesses. Tampouco seria útil uma tipologia que ignore o contexto maior em que cada relação estatal se encontra. Sem pretensão de criar uma classificação estanque de categorias incomunicáveis, tenta-se, a partir do sentido subjetivo de Estado, traçar uma categorização que tenha utilidade para separar as relações conflituosas do Estado, de modo que permita operacionalizar análises de “adequação”.

Tomando-se o *sentido subjetivo mais amplo* (Estado = sociedade-política soberana), vislumbram-se o que se pode chamar de **(a) relações público-institucionais**, sobre interesses relativos à governança estatal em si.¹⁶⁹

Sob perspectiva externa, destacam-se as **(a.1) relações internacionais**, nas quais, de um lado, o Estado figura ostentando essa soberania-externa e, de outro lado, outros Estados-soberanos, organismos internacionais ou até particulares mantêm relações com ele, as quais, em regra, senão por seu consentimento (diplomacia, convenções internacionais) ou guerra, ficam limitadas a questões como *imunidades de jurisdição* e de *execução*. Tais temas têm notórios desdobramentos em métodos de solução de conflitos, alguns de nível institucional global ou plurilateral, como o dos tribunais internacionais, outras bilaterais, como arbitragens

¹⁶⁹ A designação “institucional” é inspirada em expressão próxima atribuída por Marco Antonio dos Santos Rodrigues aos “negócios jurídicos processuais-institucionais”, para designar convenções de natureza processual firmadas por instituições públicas com objetivos não individualizados: RODRIGUES, Marco Antonio, *A Fazenda Pública no Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 382.

de investimentos (firmados com base em tratados bilaterais, já que o Brasil não adere à Convenção de Washington de 1965, que instituiu a *International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*).¹⁷⁰

No plano interno, por sua vez, destacam-se **(a.2) as relações interfederativas**, em que os entes da República Federativa do Brasil mantêm relações e resolvem seus conflitos entre si, por procedimentos que ora acentuam o caráter político, a exemplo dos convênios sobre o imposto de circulação de mercadorias e serviços celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ (LC 24/1975), ora acentuam o caráter jurídico, a exemplo dos conflitos de atribuições entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outros, julgadas originalmente pelo STJ (CF, art. 105, I, g).

Ainda nesse plano institucional interno, podem-se incluir **(a.3) as relações intrafederativas**, as quais podem surgir conflitos tanto entre órgãos de diferentes Poderes (*e.g.* violação parlamentar de iniciativa legislativa privativa do chefe do poder executivo, argúvel em controle judiciário de constitucionalidade), como entre órgãos dentro de um mesmo Poder (*e.g.* violação de prerrogativa de um parlamentar pela presidência da casa legislativa, argúvel em mandado de segurança), ou até mesmo entre pessoas jurídicas da Administração indireta e outras entidades da mesma Administração (*e.g.* questão de repasse de recursos pela Administração central a autarquia universitária; questão regulatória entre agência e prestadora de serviço público; questão societária entre Administração central e empresa estatal controlada). Como essa categorização não exclui outras, não seria errado incluir aqui conflitos que comportam soluções pelo princípio da hierarquia (*e.g.* disciplinares), entre outros que podem ser chamados de “**intra-administrativos**” ou “intragovernamentais”,¹⁷¹ que relevam uma nova camada de situações conflituosas típica das pessoas jurídicas, públicas e privadas: o *problema de agência*, isto é, o conflito de interesses entre o mandatário (agente) e o mandante

¹⁷⁰ Há discussão sobre a extensão dessas imunidades (imunidade de jurisdição e imunidade de execução) e a posição jurídica dos Estados quando praticam *atos de gestão*, o que, porém, extrapola o escopo aqui presente.

¹⁷¹ Interessante solução foi dada, na União (LMED, art. 36, §1º) ao condicionar o litígio judicial entre entes federais à autorização do Advogado Geral da União, que, se o caso, pode decidir a controvérsia jurídica. — Afirmando haver uma “arbitragem” entre órgãos setoriais na antiga Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal (CCAF): GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes, O tema da arbitragem no contexto da administração pública, *in*: CAHALI, José Francisco; RODOVALHO, Rodrigo; FREIRE, Alexandre (Orgs.), *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2016*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 87.

(principal), traduzido, no direito empresarial, na teoria dos *atos ultra vires* e, no direito administrativo, nos *desvios de finalidade* (todos eles, enfim, versões de abuso de poder).

Tomando-se o sentido subjetivo estrito (Estado = conjunto de pessoas, órgãos e agentes que, colocando em práticas seus poderes-deveres, exercem funções públicas) consegue-se vislumbrar o que se pode chamar de **(b) relações público-subjetivas**, em que é possível conceber grupos de interessados destinatários da atividade-fim exercida circunstancialmente pelo Estado. Trata-se de ponto que merece aprofundamento quando se tem vista customizar soluções “adequadas”.

Nas **(b.1.) relações transindividuais**,¹⁷² têm-se (por definição) uma pluralidade de interessados, o que torna mais evidente o potencial “interesse público” no conflito e o fato de que nele está implícita a questão de distributividade (*para quem* se está alocando recursos escassos). Essa categoria é, aliás, central no despertar, pelo Direito, do reconhecimento de que há justiça a ser feita em face daqueles que externalizam para a sociedade os custos de atividades que lhes beneficiam individualmente (*e.g.* dano ambiental).¹⁷³ Trata-se também de um espaço em que já é reconhecida a importância da dimensão subjetiva dos conflitos, haja vista a necessidade de legitimação extraordinária de certos atores para que direitos e interesses difusos ou coletivos ganhassem acesso à Justiça. Questões como a representatividade do legitimado e as condições institucionais para se que exerça adequada representação dos direitos e interesses a ele confiados são conhecidas nesse âmbito e denotam que são relevantes não só as circunstâncias institucionais de terceiros-julgadores (*e.g.* juiz, que deve ser imparcial e independente, além de profissionalmente qualificado para analisar o caso), como também as circunstâncias institucionais dos outros polos da dinâmica da solução do conflito, sejam eles as

¹⁷² Sob perspectiva *objetiva* (não *subjetiva*, como aqui tratado), o artigo 81 do CDC ainda divide os interesses transindividuais relativos a objetos indivisíveis (*interesses difusos*) e divisíveis (*interesses coletivos*). A propósito, propondo uma tipologia alternativa, baseada “nas características concretas do litígio, não na tentativa de classificação abstrata dos direitos”, em que distingue litígios transindividuais *globais* (“que não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo”, “pertencentes à sociedade humana, representada pelo Estado nacional”), *locais* (“que atinjam, de modo específico, a pessoas que integram uma sociedade altamente coesa”, em que “mesmo não havendo uma identidade tão forte entre os indivíduos, eles compartilham perspectivas sociais uniformes, pelo menos no que se refere à tutela do direito lesado”) e *irradiados* (“que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais”, “titularizado pela sociedade elástica composta pelas pessoas que são atingidas pela lesão”): VITORELLI, Edilson, Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados, *Revista de Processo*, v. 248, p. 209–250, 2015, p. 227.

¹⁷³ Por todos, cita-se o clássico texto sobre a “**tragédia dos comuns**”, que ressalta o prejuízo social em detrimento do benefício dos que usam recursos finitos para uso individual exclusivo: HARDIN, Garrett, The tragedy of the commons, *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243–1248, 1968.

partes diretamente afetadas ou quem lhes faça as vezes (*e.g.* pertinência temática da organização não-governamental com o interesse difuso que pretende levar a juízo).¹⁷⁴

Nos foros alternativos ao Judiciário, essas questões também devem ser olhadas, notando-se que o **desenho da legitimação dos atores** importará na **percepção subjetiva do conflito**, a depender de fatores como o grau de assimetria informacional entre as partes e as capacidades de enfrentar os custos de transação implicados na discussão.¹⁷⁵

Nas **(b.2) relações individuais**, também pode haver interesses que não se esgotam nas partes envolvidas. Evidentemente, quando uma das partes é a Administração Pública, sempre haverá o interesse geral presente. É útil, no entanto, distinguir algumas situações. O direito italiano traz interessante distinção para esta busca por critérios que permitam entender o âmbito de interesses implicados no conflito público. Diz-se que há **(b.2.1) “interesse legítimo”** (*interesse legittimo*) nas situações em que, mesmo individualmente consideradas, prepondera o *interesse geral* na *legitimidade do ato* do Estado ao exercer seus *poderes de autoridade* (*e.g.* ausência de abuso de poder na decisão de desapropriar bem privado), e **(b.2.2) “direito subjetivo”** (*diritto soggettivo*) nas situações em que prepondera o *interesse individual* na tutela da *vantagem pessoal* em face do Estado (*e.g.* valor da indenização pela desapropriação), decorrente de circunstância em que o Estado ostenta posição *não potestativa* (não “soberana”, diriam os italianos), seja porque se valeu de instrumentos privados (*e.g.* contrato comum) para estabelecer aquela relação, seja porque o ordenamento reconhece à contraparte uma vantagem pessoal autônoma. Essa classificação

¹⁷⁴ Comparando o modelo brasileiro da ação civil pública, confiada a certos órgãos estatais e organizações não governamentais, e o modelo norte-americano, em que a numerosidade, a comunhão de questões, a representatividade e a característica típica dos pedidos e defesas da classe interessada são requisitos de legitimação (*certification*): SALLES, Carlos Alberto de, *Ações coletivas: premissas para comparação com o sistema norte-americano*, in: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.), *Processos coletivos e tutela ambiental*, São Paulo: Leopoldianum, 2006, p. 17–29.

¹⁷⁵ Revistando a categoria dos direitos transindividuais a partir das premissas sociológicas de Anthony Elliot e Bryan Turner, e propondo, em busca de um “conceito de **devido processo legal coletivo** que tenha como foco a obtenção de tutelas adequadas não da perspectiva da análise abstrata do caso, mas das pessoas que estão concretamente envolvidas”, reclassificá-los como (i) *litígios transindividuais globais*, que “não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo” e assim são “pertencentes à sociedade humana, representada pelo Estado nacional”; (ii) *litígios transindividuais locais*, que “atinjam, de modo específico, a pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários” e que “pertencem aos indivíduos integrantes dessa sociedade, uma vez que os efeitos da lesão sobre ela são tão mais graves que sobre as pessoas que lhe são externas, que tornam o vínculo destas com a lesão irrelevante para fins de tutela jurídica”; (iii) *litígios transindividuais irradiados*, que “interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais, em alto grau de conflituosidade” e cuja titularidade “é atribuída graus variados aos indivíduos que compõem a sociedade, de modo diretamente proporcional à gravidade da lesão experimentada”: VITORELLI, *Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados*, p. 248–249. Destacou-se.

direciona um princípio (um tanto caoticamente revertido pelo legislador italiano¹⁷⁶) de “adequação” no tratamento desses conflitos: os interesses legítimos seriam mais adequados a um juízo de *anulação* “*erga omnes*” pela magistratura administrativa; os direitos subjetivos, a um juízo de *nulidade* “*inter partes*” pela magistratura ordinária.¹⁷⁷

Apesar das discussões em torno dessa classificação, ela resgata uma noção importante: a de que o exercício do “interesse público” pode projetar nas relações jurídicas tanto questões mais “adequadamente” olhadas sob um olhar coletivo, como sob um olhar individual. Isso é importante do ponto de vista da **distributividade** e da **isonomia**. Não se pode sufocar o interesse individual a pretexto do interesse coletivo, a ponto de colocar certos indivíduos na injusta situação de, sozinhos, carregarem todo o peso da existência do Estado, para “**carona**” do restante da sociedade — *e.g.* socialização do custo da desapropriação, pois não seria justo que uma só pessoa suportasse prejuízo individual a pretexto do proveito coletivo.¹⁷⁸ Por outro lado, tampouco se pode criar situações de privilégio, ignorando que estão implícitas nos direitos subjetivos decisões prévias sobre *para quem* seriam alocados os recursos escassos da sociedade. São do âmbito dos **interesses legítimos** eventuais *discordâncias quanto ao mérito dessas decisões antecedentes*, prévias à alocação de recursos, que fazem nascer direitos subjetivos, mas neles não se esgotam — *e.g.* interesse legítimo na inclusão de medicamentos na lista oficial e no respectivo acesso universal *vs.* direito subjetivo individual ao recebimento do medicamento listado (legitimidade da *decisão* coletiva *vs.* justiça da *consequência* individual).

Discussões em torno de **direitos subjetivos**, por sua vez, tratam da *consequente* aplicação dessas decisões prévias. Ainda assim, questões de isonomia podem aparecer em (b.2.2.1) **situações individuais homogêneas**, como nos casos de divergência de julgamentos quanto à consequência concreta da regra geral — *e.g.* julgamentos divergentes quanto aos juros aplicáveis na indenização pela desapropriação. Isso não quer dizer, por outro lado, que não haja (b.2.2.2) **situações individuais não-homogêneas**, incomparáveis ou de difícil comparação —

¹⁷⁶ Assim, por exemplo, a lei dá à jurisdição administrativa competência para julgar questões além dos “interesses legítimos” (na chamada “jurisdição geral de legitimidade”) e até mesmo “direitos subjetivos” (criando hipóteses de “jurisdição exclusiva do juiz administrativo”): CASSESE, Sabino, *Instituzioni di diritto amministrativo: corso di diritto amministrativo*, 4. ed. Milão: Giuffrè, 2013, p. 565.

¹⁷⁷ Cf. SASSANI, Bruno, *Lineamento del processo civile italiano*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 27–32; BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni, *Diritto pubblico*, 11. ed. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 407–408.

¹⁷⁸ “Dano anormal e específico”, como se diz na teoria da responsabilidade extracontratual do Estado: DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 814.

e.g. valoração do bem expropriado por suas características de localização, conservação, utilidade.¹⁷⁹

1.2.3. Dimensão formal-procedimental (expressões do conflito)

1.2.3.a. Como os conflitos administrativos ganham forma?

O fenômeno da formação dos conflitos administrativos exige conjugação de lentes macroscópicas e microscópicas.

A perspectiva **macroscópica** é familiar aos estudiosos do Direito constitucional e administrativo. Nela, tem-se que a sociedade é repleta de interesses dispersos que circundam as *escolhas sociais*,¹⁸⁰ as quais, por natureza, encontram-se em estado de *conflito latente* (cf. 1.1.3). Conforme ganham densidade política e jurídica, precipitam-se em *conflitos manifestos*, que se materializam nos vários âmbitos do sistema estatal, cujo trajeto tem raiz nas composições políticas de nível constitucional, ergue tronco nas disputas legislativas, ramifica-se em políticas públicas, floresce na execução administrativa e, eventualmente, é polinizado por revisões judiciais. Debaxo das cascas jurídico-formais por meio do qual esse fenômeno se exterioriza, subjaz um complexo emaranhado de interesses, plurais e não raramente contraditórios, dos diferentes grupos que compõe a sociedade,¹⁸¹ o que importa para o Direito porque a *adequação* de seus instrumentos processuais — e.g. processos eleitoral, legislativo, administrativo, judicial — depende, precisamente, da aptidão em garantir que a vazão de tais aspirações seja fluída, pacífica e guiada pelos valores constitucionais.

Deve-se notar, no entanto, que o papel das ferramentas jurídicas não é só *externo* ao conflito, de capturar e endereçar disputas; na medida em que filtra, reprime, fomenta e

¹⁷⁹ Usa-se, aqui, a expressão “situação”, em vez de “direito” ou “interesse individual homogêneo”, apenas para pontuar que um mesmo caso — como se vê nos exemplos — pode apresentar esses dois tipos de situações, ou seja, não necessariamente uma demanda será “totalmente” homogênea ou “totalmente” individual.

¹⁸⁰ **Escolhas sociais** (*social choice*) é uma noção que autores de análise econômica do Direito usam para se referir a “mecanismos por meio dos quais instituições transformam preferências (ou *inputs*) em decisões coletivas (ou *outputs*)”; estão relacionadas a conceitos como regra da maioria, teorema do voto mediano, pauta da agenda pública (*agenda setting*), coalizações de ganho mínimo: STEARNS; ZYWICKI; MICELI, *Law and Economics: Private and Public*, p. 500.

¹⁸¹ Reitere-se, nesse sentido, a referência ao conceito de *Estado pluriclasse*, segundo ideia de que, hoje, nas instituições estatais, estão virtualmente representadas todas as classes sociais e espectros de interesses: BIN; PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, p. 56–57.

transforma o debate, o Direito é *internalizado* no sistema de conflitos sociais, interferindo na sua genética — cidadãos interpretarão situações como justas e injustas a partir de noções jurídicas enraizadas na cultura social e se valerão das formas jurídicas conhecidas para tentar traduzir seus conflitos. Embora o aprofundamento desse aspecto transborde os limites desta tese, vale aqui despertar a percepção de que há uma **retroalimentação entre o sistema jurídico e o sistema de conflitos sociais**, de modo que os operadores do Direito não podem ignorar sua parte nesse ciclo.¹⁸²

Ainda nessa perspectiva, é preciso ter cuidado para não confundir as formas jurídicas representativas dos conflitos com a controvérsia em si. Assim, é evidente que a inexistência de processos judiciais sobre uma matéria não necessariamente significa que não haja conflito a seu respeito, como testemunhado, por exemplo, pela *litigiosidade contida* revelada a partir do advento dos instrumentos processuais de tutela coletiva.¹⁸³ É igualmente evidente, a seu turno, que o mero volume de processos judiciais sobre um tema não basta para denotar, em si, “**litigância excessiva**”: primeiro, porque a noção de “excesso” pressupõe alguma referência do que seja o “não-excesso”; segundo, porque precisa ser diferenciada de eventual déficit das capacidades institucionais do Estado em lidar com certas demandas; terceiro, porque se deve discernir casos meramente volumosos de outros de litigância oportunista, frívola ou de má-fé, o que é importante para que o ímpeto de combater a “excessividade” não acabe direcionado para demandas legítimas, distorcendo o devido acesso

¹⁸² Como ponto de partida panorâmico de aprofundamento dessa abordagem do conflito como categoria conceitual da teoria social, em que o Estado funciona como instância de superação da cisão social, opondo, de um lado, a visão clássica de que “o conflito e a contradição são responsáveis pela dinâmica de alterações estruturais na sociedade (seja pela via revolucionária do jovem Marx, seja pela via do conflito institucionalizado democraticamente na linha de Dahrendorf e Offe, ou ainda pela via do agir comunicativo de Habermas ou da luta por reconhecimento de Honneth)”, e, de outro lado, a uma tentativa de explicação da convivência das contradições com base na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, a partir da qual se poderia inferir que “(i) protesto e procedimento, costumeiramente vistos como categorias antagônicas, na verdade se complementam como estruturas funcionais de um sistema político funcionalmente diferenciado” e que “(ii) (...) na dinâmica estabelecida entre procedimentos decisórios e movimentos de protesto uma lógica paradoxal – ou “dialética” (...) a contestação da sociedade é convertida em sua afirmação”, ver: BACHUR, João Paulo, Conflito, protesto e procedimento na teoria de sistemas de Niklas Luhmann, *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 14, n. 42, p. 507–534, 2020, p. 509–510. — Ver, ainda, qualificando os conflitos como um “sistema de tipo particular, que se constituem em sistemas e em larga medida podem romper, absorver e mesmo ampliar seu sistema de origem” e rejeitando as teorias que dão peso “excessivo” ao caráter integrativo dos conflitos: LUHMANN, Niklas, Conflitto e diritto, *Laboratorio Politico*, v. Anno II, n. 1: Il sociale e i conflitti, p. 5–25, 1982, p. 12.

¹⁸³ A existência de conflitos dessa natureza sem a respectiva ferramenta adequada de expressão jurídica é apontada em: CAPPELLETTI; GARTH, Access to Justice, p. 238.

à justiça.¹⁸⁴ No âmbito público, essa percepção é importante para que o volumoso espaço ocupado por litígios da Administração Pública no Judiciário brasileiro (cf. 1.2.2.a) seja devidamente analisado quanto à sua qualidade, evitando-se conclusões precipitadas com base exclusivamente em argumentos de quantidade.

A perspectiva **microscópica**, por sua vez, é familiar aos estudiosos do Direito processual, que, há tempos, esforçam-se pela valorização da *instrumentalidade do processo*, de sorte que os aspectos formais por meio dos quais o conflito se externa não se sobreponham aos substanciais.¹⁸⁵ Mais recentemente, essa ideia evoluiu no sentido de que o estudo do processualista parta do direito material, e não do próprio processo, para buscar a resposta processual mais adequada (*instrumentalidade metodológica*).¹⁸⁶ A proliferação de instâncias extrajudiciais para solução de conflitos, por sua vez, tem tentado explorar uma camada ainda mais profunda, a dos *interesses* subjacentes às *posições* sustentadas pelas partes, na esperança de que essa mudança de foco promova acordos que evitem que conflitos sejam vertidos em processos judiciais. Conforme dito, porém, isso não significa eliminação do conflito, mas deslocamento de sua instância de tratamento, que poderá ter inflexões na sua genética, isto é, no tempo e no modo como o conflito é manifestado e traduzido em termos jurídicos. Nesse contexto, considera-se, por exemplo, que “o aumento do número de demandas é esperado à medida em que: (i) os custos de litigar forem reduzidos; (ii) crescente a probabilidade de vitória do autor; e (iii) o ganho do autor, em caso de vitória, for maior”,¹⁸⁷ o que denota que a **formalização da disputa depende de estímulos externos** advindos da estrutura que se dispõe para litigar — e, por pressuposto, das informações que as partes têm sobre essa conjuntura —, não apenas de questões intrínsecas à matéria controvertida.

¹⁸⁴ Afirmando que, o nascimento da “indústria dos meios alternativos de solução de conflitos (...) transformou a questão do acesso à justiça, por limitar o quanto possível o acesso aos tribunais”, tendo por base um “quase certamente inventado problema, o da explosão da litigiosidade”, nasceu: MATTEI, Ugo, Access to justice. A renewed global issue, *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 3, p. 1–25, 2007, p. 3. — Abordando a questão “do acesso para o acesso” e apontando para a cautela para o tratamento do “conflito como litígio judicial a ser eliminado”: TAKAHASHI, *Jurisdição e litigiosidade*, p. 196–199.

¹⁸⁵ Cf. DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 22. No trecho, o auto aponta a *instrumentalidade* como um *terceiro momento metodológico* do direito processual, que restaura o “endereço teológico” das formas, apresentando-se como um equilíbrio entre as fases precedentes do *sincretismo*, que confundia o direito material e o processual, e do *formalismo* exacerbado.

¹⁸⁶ SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 16.

¹⁸⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno, *Processo civil e análise econômica*, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 35.

Para os fins aqui propostos, isso importa na medida em que a arquitetura jurídica interfira na dinâmica dos conflitos administrativos. Do ponto de vista do cidadão em conflito com a Administração, tem-se, em primeiro lugar, que o **acesso à informação** (conhecimento sobre os direitos de que é titular e sobre as vias de reivindicá-los) e sua capacidade de interpretá-la (nível de instrução) são pressupostos determinantes (das características da *racionalidade limitada* de cada indivíduo e, portanto) da respectiva decisão sobre quando e como formalizar uma demanda; em segundo lugar, conforme a *teoria básica da litigância* sugere, tal decisão será determinada pela análise de **custo/benefício** de cada indivíduo, que, evidentemente, levará em conta apenas os custos (*e.g.* taxas judiciárias, ou até custos emocionais¹⁸⁸) e benefícios (*e.g.* possível vitória) experimentados pelo próprio demandante, ignorando, em geral, os custos para o demandado (*e.g.* honorários advocatícios) e para o Estado (*e.g.* subsídios ao sistema de justiça), ou as externalidades positivas da litigância para sociedade (*e.g.* criação de precedente), de modo que essa diferença nas valorações privada e pública do litígio podem levar a um “**nível socialmente inadequado de litígios**”.¹⁸⁹ Diante disso fundamentam-se, aliás, as políticas que tentam afastar *demandas frívolas*¹⁹⁰ (*e.g.* por meio de multa à litigância de má-fé: CPC, art. 79), bem como as que visam a fomentar não só o acesso ao Judiciário, mas à “assistência jurídica integral” (CF, art. 5º, LXXIV), mas, por outro lado, impõe aos formuladores de políticas

¹⁸⁸ Ao deixar outros afazeres para demandar algo à Administração, presume-se que o cidadão avaliou que esse *custo de oportunidade* é menor do que o de não demandar, seja porque a necessidade (*e.g.* questão de saúde) se sobrepõe a outras, seja por outro motivo, legítimo (*e.g.* sentimento de justiça) ou não (*e.g.* oportunismo). De todo modo, chegará ao balcão da Administração ou do Judiciário com seus desejos, ansiedades, medos, pouco ou nada retransmitidos na formulação da demanda, mas que podem transparecer nas condutas do cidadão ao longo do processo. O espectro de incentivos e desincentivos a que está sujeito ao cidadão, nessa circunstância, é amplo.

¹⁸⁹ Cf. SHAVELL, Steven, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge (EUA): Harvard University Press, 2004, p. 389–391. No trecho, o autor nomeia ainda de “nível *socialmente excessivo* de litígio” a hipótese em que os custos para o indivíduo incentivam a judicialização de demandas cujo custos agregado total, para a sociedade, é indesejável; afirma, ainda, que “o montante ótimo de litígios é aquele que minimiza os custos sociais totais”. Itálicos acrescentados; traduções livres. — Indo além, chegando a afirmar que “o *processo legal devido* é aquele capaz de diminuir os custos sociais do sistema de justiça civil, aumentando o bem-estar através de um balanço ótimo entre os investimentos capazes de gerar um processo apto à realização do direito material e aos benefícios sociais daí decorrentes”, ver: WOLKART, Erik Navarro, *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*, São Paulo: RT, 2019, p. 766. Essa visão precisa ser compreendida, porém, de modo que “custos sociais” não se refiram exclusivamente a custos materiais, já que há certas situações em que, apesar do aumento do custo material para a sociedade (*e.g.* aumento de impostos), pode haver uma redução de “custos sociais” imateriais (*e.g.* qualidade de vida).

¹⁹⁰ Tratam-se daquelas “ajuizadas por autores ‘agressivos’, com o único intuito de extrair, com a litigância, benefícios que não resultam da qualidade do direito possuído”; fazem parte do grupo das chamadas *demandas de valor esperado negativo*, as quais, porém, não necessariamente são indesejáveis, como aquelas cujo autor deixa de ajuizá-la apenas por razões de custo, apesar de ter razão no mérito: FUX; BODART, *Processo civil e análise econômica*, p. 87 e 95.

processuais o alerta de que não se pode aumentar os *custos de transação processual* de modo a inviabilizar a formalização de demandas legítimas.

Do ponto de vista da Administração-litigante, esse cenário merece considerações especiais. A decisão do próprio Estado (que, lembre-se, é a sociedade politicamente organizada: cf. 1.2.2) sobre a formalização do litígio não pode trabalhar com uma análise de custo/benefício como aquela tradicionalmente concebida para litigantes privados. Ao contrário destes, a quem é lícito tomar decisões a despeito dos resultados sociais da litigância, a Administração Pública só pode tomar decisões cujo resultado agregado, para a sociedade, seja coerente com os objetivos constitucionais (a começar pelo art. 3º da CF). Assim, **questitos como a repercussão da litigância no sistema judiciário não devem ser estranhos à tomada de decisão das condutas contenciosas das Fazendas Públicas**, mas aspectos a serem considerados porque o respectivo impacto social é objeto próprio das metas a que estão vinculadas o administrador público. No entanto, essa ponderação tampouco pode se limitar a análises que olham para o Judiciário, pois as repercussões sociais das decisões fazendárias envolvem âmbitos mais amplos da sociedade e da estrutura estatal. Por isso, embora louváveis e legítimos (dadas as limitações materiais da burocracia pública), indicadores que avaliam o custo da litigância estatal exclusivamente com base em dados judiciários são insuficientes;¹⁹¹ há de se considerar, ainda, outros custos, de ordem material (*e.g.* despesas com a Advocacia Pública) e imaterial (*e.g.* reafirmação da cogência da lei), a fim de se estabelecer *se, quando e como* é adequado que a Administração Pública formalize uma controvérsia ou nela prossiga.¹⁹²

No atual estágio da ciência, percebe-se que essa visão está em parte compreendida em políticas de litigância de alguns entes, a exemplo da Lei nº 17.324/2020 do Município de São Paulo.¹⁹³ No entanto, mesmo que já se reconheça que legalidade e

¹⁹¹ Vide exemplo, a ser aprofundado no Capítulo 4, em: BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*, Brasília: IPEA/CNJ, 2011.

¹⁹² Em sentido próximo, ver: TOFFOLI, José Antonio Dias; PERES, Livia Cristina Marques, Desjudicialização conforme a Constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse, *in*: ÁVILA, Henrique *et al* (Orgs.), *Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público*, São Paulo: RT, 2021, p. 52, em que afirma: “A racionalização deve contemplar todas as esferas estatais. Não há fundamento válido, por exemplo, para a propositura automática de execuções fiscais, que superam 30 milhões de processos, sem qualquer exame da eficácia da via judicial e com desprezo de outras medidas oferecidas pelo ordenamento à recuperação do crédito”.

¹⁹³ Que “institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta” e prevê que são seus objetivos “I - reduzir a litigiosidade; II - estimular a solução adequada de controvérsias; III - promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; IV - aprimorar o gerenciamento do volume de demandas administrativas e judiciais” (art. 1º).

indisponibilidade do interesse público não se confundem com a (inexistente) obrigatoriedade de contestação e exaurimento de instâncias judiciais pela Fazenda Pública,¹⁹⁴ ainda é preciso avançar na compreensão dos quesitos e das métricas dessa análise, o que, por sua vez, depende de investimentos para que os dados necessários sejam levantados — ou seja: é preciso se convencer, antes de tudo, do custo/benefício da realização da própria análise de custo/benefício. Isso é indispensável para que seja possível **racionalizar a política de litigância fazendária**, promover transparência e dar segurança jurídica aos agentes públicos envolvidos.

Neste ponto, um último aspecto relevante (e, por vezes, negligenciado nos estudos jurídicos) deve ser considerado nessa perspectiva microscópica da formação dos conflitos pela Administração: o agente público. Como toda pessoa jurídica, as de direito público são compostas por pessoas naturais adstritas aos seus mandatos — cuja relação com a pessoa jurídica revela outra ordem de situações conflituosas: a dos *conflitos de interesse do tipo agente/principal* —, as quais — como sói entre pessoas honestas assalariadas —, tendem a ser conservadoras (avessas à riscos) nas tomadas de decisão. Nesse contexto, não raramente se vê que a formalização de conflitos administrativos seja influenciada por fenômenos como a **protocolização**, exigindo-se que o cidadão externe sua demanda em padrões que recortam facetas do conflito e nem sempre dão espaço para que a controvérsia se revele em sua inteireza, e a **estratégia da judicialização ou substituição decisória externa**, em que o agente público, inseguro, prefere induzir a formalização do conflito perante outra autoridade, a fim de se proteger de riscos jurídicos ou políticos.¹⁹⁵ Tais inflexões afastam as condutas da Administração face à controvérsia da direção do interesse público, no sentido de que sonégam ou retardam a concretização de direitos. É de se ter em vista, entretanto, que esse efeito pode ocorrer também no sentido inverso, se o ímpeto de desjudicialização inviabilizar o acesso à Justiça. Conforme se verá adiante (Parte II), esse debate tem a ganhar se trabalhado em termos não tão abstratos, qualificando-o com referências mais concretas.

¹⁹⁴ Dado que é lícito à Administração resolver suas controvérsias extrajudicialmente e que suas controvérsias “continuam podendo ser igualmente compostas, dispensando-se decisão judicial, mesmo depois de instaurado o processo”, razão por que se pode afirmar a existência de um “princípio geral da não necessidade da intervenção jurisdicional nas relações de direito público”: TALAMINI, A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória), p. 66.

¹⁹⁵ Os conceitos são de: SANTOS, Rafael Valgas dos, *Direito administrativo do medo*, São Paulo: RT, 2020, p. 354–360.

1.2.3.b. Formas que expressam a controvérsia administrativa

Nas citadas perspectivas macroscópica e microscópica, identifica-se que, mesmo em demandas que não são de natureza transindividual, é possível que casos individuais tenham repercussões de interesse social, em especial quando repetitivos, o que tem levado alguns autores a vislumbrar uma **macrolide** por trás das **microlides**, cuja expressão processual “é apenas ilusoriamente individual”.¹⁹⁶ Formas tradicionais de tratamento de conflitos, notadamente sob o modelo judicial, tendem à abordagem individualizada: a cada caso, os agentes se comportam como se fosse situação inédita; o cidadão expõe individualmente sua situação, a Administração responde individualmente *aquele caso*, o juiz pondera as nuances *daquelas petições* e, ao final, decide *inter partes*. Não é novidade, porém, que, especialmente em demandas repetitivas, esse “ineditismo” é ficto: embora o cidadão tenha para si que seu caso é único, seu advogado não o tratará dessa forma, aproveitando peças jurídicas de outros casos, assim como fará a Administração e não diferentemente o juiz. Trata-se, para esses *atores habituais* do litígio (*repeat players*¹⁹⁷), de verdadeiras condutas de atacado em um jogo desenhado para o varejo; não por acaso, reformas processuais têm tentado dar luz às referidas macrolides, mediante mecanismos de aglutinação.¹⁹⁸

Essa noção é particularmente importante para inferir qual o efetivo *interesse público* a ser perseguido pela Administração diante de determinadas grupos de microlides. Conforme visto (cf. 1.1.2.), às *posições* assumidas nessas situações, em que por vezes se ostentam os respectivos *poderes* para pressionar a contraparte, subjazem *interesses* que não necessariamente transparecem nas formas que expressam a controvérsia — observação essa

¹⁹⁶ BENETI, Sidnei Agostinho, Assunção de competência e fast-track recursal, *Revista de Processo*, v. 34, n. 171, p. 9–23, 2009, p. 10. Tal conceito, segundo o autor, é típico de “entes jurídicos de intensa prática negocial repetitiva, geralmente (...), no âmbito público, pelo relacionamento jurídico decorrente de situações administrativas e tributárias que produzam consequências à pluralidade de sujeitos” (p. 10), razão porque essa noção pode ser usada, em linhas gerais, na presente tese. —Apontando que “as características da macrolide que foram afirmadas pelo referido autor, contudo, não fazem sentido quando se pensa nos litígios que são ajuizados contra múltiplos indivíduos, pois embora possam ser marcados também! pela sazonalidade como reflexo do contexto econômico do país, não buscam propriamente uma solução comum, já que estão ligadas geralmente ao inadimplemento”: GUIMARÃES, Amanda de Araújo, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 110.

¹⁹⁷ A expressão é de: GALANTER, Marc, Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change, *Law & Society Review*, v. 9, p. 95–160, 1974.

¹⁹⁸ GUIMARÃES, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*, p. 110. — Em sentido próximo, tratando de “litígios de interesse público”: CHAYES, Abram, The role of the judge in public law litigation, *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281, 1975.

igualmente aplicável para conflitos administrativos, na medida em que a fluidez e a plurivocidade do interesse público podem ser de difícil tradução em termos jurídico-formais. Viu-se, ainda (cf. 1.2.1.b), que as **posições potestativas, de sujeição ou negociais** eventualmente presentes nessas situações não se confundem com o *objeto* da controvérsia — tanto quanto não se confundem, de modo geral, as relações jurídicas material e processual. Ademais, apontou-se que há decisões dos agentes estatais que, ainda que não configurem *desvio de finalidade*, podem distanciar as condutas contenciosas da Administração dos interesses públicos (cf. 1.2.3.a). Esse quadro é importante para o exercício da análise de adequação, a exemplo da exercitada na Parte II, adiante.

Ainda no âmbito dessa *dimensão formal* do conflito, é interessante a classificação proposta por Zhiyong Lan para controvérsias do setor público, diferenciando: (a) *conflitos estruturados*, que seguem procedimentos pré-estabelecidos, normalmente conduzidos por tribunais, de sorte que funcionam como “via para assegurar a operacionalização normal do governo”; (b) *conflitos parcialmente estruturados*, em que “normas, regras e regulações limitam algumas condutas na resolução de conflitos, deixando outras para livre escolha”, casos em que “a política [*politics*] se torna pervasiva e inovativa”; (c) *conflitos desestruturados*, em relação aos quais raramente há regras claras para sua solução, e que decorrem de “impulsos e condutas não racionais”, que variam historicamente a depender de circunstâncias socioeconômicas e que colocam questões que não dispõem de critérios objetivos de definição, em especial as relacionadas ao fato de que “altas expectativas do público por serviços governamentais e a limitada vontade dos cidadãos em pagar impostos são dois lados de um conflito que interessam a administradores públicos”; (d) *conflitos revolucionários*, em que as partes costumam recorrer à força extrema, à violência ou mesmo à guerra, a fim de destruir uma situação a fim de construir outra, e que geralmente atraem o uso de técnicas de “desescalada de tensão” (*de-escalation*), compromissos, dissuasão/retenção (*deterrence*) ou embuste (*deception*) a fim de minimizá-las.¹⁹⁹

Exceto no último caso (conflitos revolucionários), é possível afirmar que o modo como as partes exteriorizarão sua divergência se dará por meio de *atos jurídicos*. Neste ponto, vale lembrar, da Teoria Geral do Direito, que, quando a um dado acontecimento segue uma consequência jurídica, tem-se um *fato jurídico*, o qual, se provocado a partir da vontade de um

¹⁹⁹ LAN, Zhiyong, A Conflict Resolution Approach to Public Administration, *Public Administration Review*, v. 57, n. 1, p. 27–35, 1997, p. 30–31.

sujeito, será um *ato jurídico*, que, por sua vez, se visar a obter os efeitos predeterminados em lei para criação, modificação ou extinção de *situações jurídicas processuais* (direitos subjetivos, deveres, ônus, faculdades, potestades, sujeições, pretensões, vistos da perspectiva de uma das partes),²⁰⁰ é chamado de *ato jurídico processual*²⁰¹ — e, praticado pela Administração, *ato jurídico processual-administrativo*, no sentido de que, como toda manifestação de vontade administrativa, é precedida de uma cadeia de tomadas de decisão, condicionadas normativamente de sorte que serão válidas, em concreto, na medida em que houver pertinência legal em relação aos seus elementos constitutivos (*objeto, agente, forma, motivo e finalidade*).²⁰² Mais recentemente, admite-se, ainda, que, se os próprios efeitos puderem ser escolhidos pelo encontro de vontades dos sujeitos envolvidos, haverá um *negócio jurídico processual*²⁰³ — e, se uma das partes for a Administração, será, no mesmo sentido, *negócio jurídico processual-administrativo*.²⁰⁴

Nesse aspecto, não há diferença jurídico-formal nos modos como se externalizam as divergências da Administração, ao formalizar disputas perante um cidadão ou ao reagir às disputas em que é desafiada: todos são *atos administrativos* (sujeitos aos requisitos de validade já conhecidos: de competência, licitude, forma, motivo e finalidade). Não se desnatura um *ato administrativo* porque ele é praticado fora do processo administrativo, em

²⁰⁰ AMARAL, *Direito civil: introdução*, p. 186.

²⁰¹ Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 369–370.

²⁰² Apontando que na teoria dos atos administrativos “estão sintetizadas as grandes preocupações dos administrados com a ação do Poder Público: com as garantias dos administrados, com a adequação da atuação administrativa a uma finalidade de interesse público e com a efetividade do provimento administrativo”, de sorte que, tratando-se de via de aproximação entre sujeitos públicos e privados, por excelência, seu “valor metodológico” não está restrito aos atos administrativos unilaterais, mas “se estende para todo o agir administrativo”: PALMA, Juliana Bonacorsi de, *A teoria do ato administrativo e a prática da consensualidade*, in: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor (Orgs.), *Os caminhos do Ato Administrativo*, São Paulo: RT, 2011, p. 244; 251.

²⁰³ Cf. CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 369–370. Em tal obra, os autores rejeitam a existência de negócios processuais, conforme entendimento tradicional anterior ao CPC/2015, cujo artigo 190 previu cláusula geral de negócios processuais. Mesmo antes, porém, não se pode negar a existência de negócios processuais no direito brasileiro, como a eleição de foro e a cláusula compromissória: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública (2017)*, p. 163.

²⁰⁴ Qualificando como *negócio jurídico processual administrativo* a convenção arbitral firmada pela Administração Pública: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública (2017)*, p. 181. — Mais recentemente, a expressão apareceu também em: BRASIL, Senado Federal, *Anteprojeto de lei ordinária para a reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo)*, Brasília: Ato Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal nº 1/2022, 2022. O anteprojeto prevê introduzir o artigo 25-A à Lei 9.784/1999 para dispor que “os órgãos e entidades podem, em consenso com o administrado, celebrar *negócio jurídico processual administrativo* que estipule mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da situação concreta, antes ou durante o processo” (destacou-se).

sede judicial ou privada. A seu turno, tampouco se pode confundir tal ato (*consequente*) com o procedimento administrativo interno de tomada de decisão que lhe é *antecedente*, momento em que os agentes públicos competentes, aplicando as normas cabíveis, deliberam de modo a perfazer a vontade institucional no caso concreto.

1.3. NOTAS DE DIREITO COMPARADO

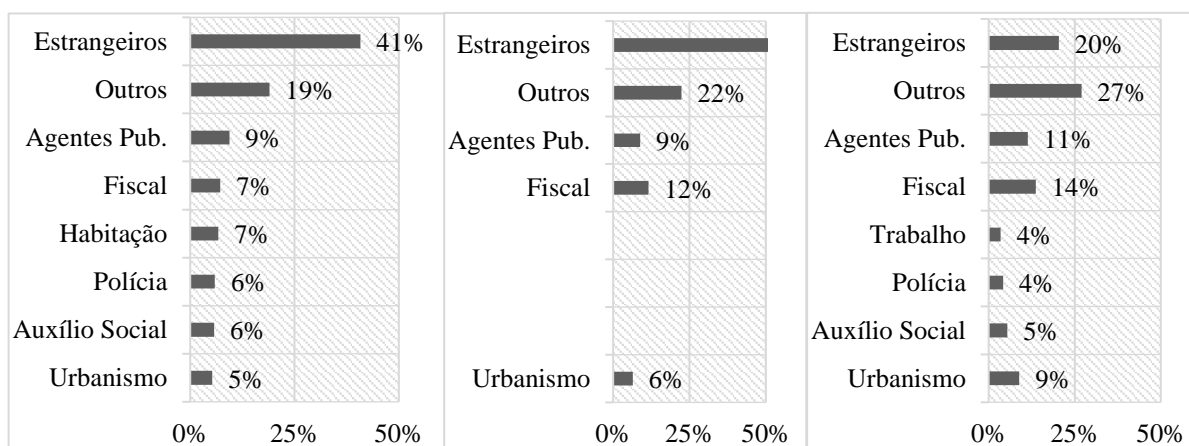
Neste tópico, introduz-se breve panorama dos conflitos existentes na Administração Pública de França e EUA. O estudo comparado de tais ordenamentos será mais bem explorado nos Capítulos seguintes. Por ora, a fim de contextualizá-los com o tema deste Capítulo, vale notar que também é objeto de preocupação nesses países a conflituosidade administrativa, a qual em parte coincide com assuntos recorrentes no Brasil, como os tributários-fiscais, e em parte revelam aspectos particulares dessas sociedades, por exemplo, em assuntos imigratórios.

1.3.1. O “conflito administrativo” no contexto da jurisdição-dual da França

Com as ressalvas a serem feitas adiante em relação à competência da Justiça Administrativa da França (cf. 2.3.1 e 3.3.1), a qual *não* absorve a totalidade das demandas que envolve a Administração Pública, já que, em linhas gerais, demandas em que o Estado não figura no exercício de “função administrativa” são direcionadas à Justiça “Judiciária” comum, o **Quadro 4** retrata o perfil do contencioso administrativo francês, em 2019.

Quadro 4 - Perfil de casos na Justiça Administrativa da França (2019)

Tribunais Administrativos (1º grau)	Cortes Adm. de Apelação (2º grau)	Conselho de Estado (3º grau)
--	--------------------------------------	---------------------------------



Casos registrados	231.280	35.684	10.216
2019/2018	+8,6%	+5,7%	+6,8%
Casos julgados	223.229	34.260	10.320
2019/2018	+6,5%	+4,3%	+7,9%
Tempo médio julgamento	9 meses	11 meses	6 meses
2019/2009	-21,5%	-13,7%	-35%

Elaboração própria. Dados: Conseil D'État (2021)²⁰⁵

De logo, percebe-se o volume de um assunto sequer destacado nas estatísticas brasileiras antes vistas: a questão imigratória, um assunto típico da geopolítica do ocidente europeu de notórias repercussões socioeconômicas. Por outro lado, questões tributárias-fiscais e, principalmente, de agentes públicos, parecem ser tanto ou até mais destacadas, na jurisdição administrativa, do que na jurisdição comum brasileira (*dimensão objetiva-substancial*).

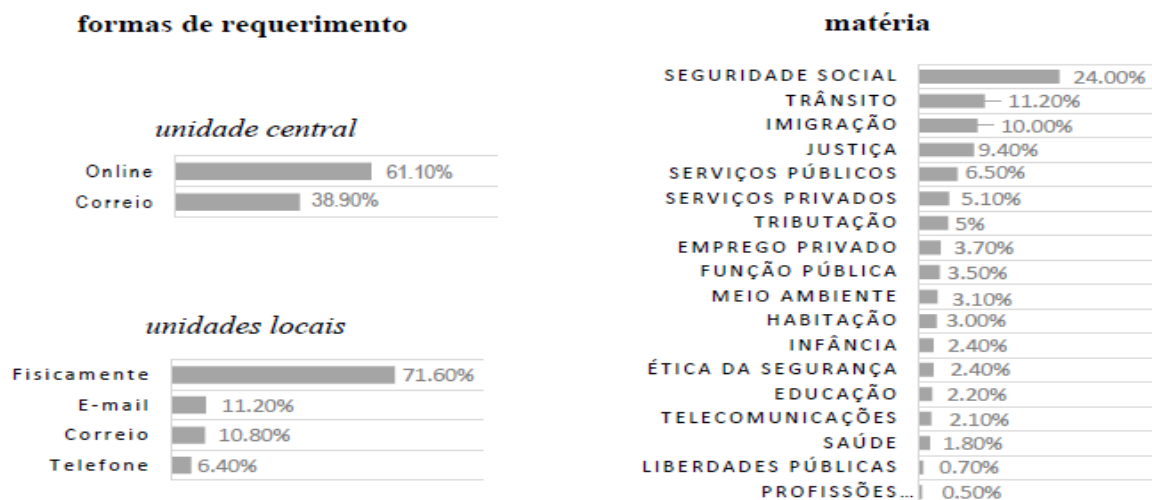
Os números, no entanto, não são comparáveis, pois diferenças como as de distribuição de competências e acesso ao judiciário fazem com que não se tenha um denominador comum. Sequer é possível fazer comparação com a Justiça Federal brasileira, pois, embora sua competência seja majoritariamente administrativa, há diferenças federativas (regra geral, esta não julga casos de interesses de Estados e Municípios, ao passo que, na França, um estado unitário, sequer há essa divisão federativa) e de competências (entes administrativos

²⁰⁵ FRANCE, Conseil d'État, *Les chiffres clés 2019 du Conseil d'État et de la juridiction administrative*, Conseil d'État, disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/decouvrez-les-chiffres-cles-2019-du-conseil-d-etat-et-de-la-jurisdiction-administrative>>. acesso em: 20 nov. 2021. O relatório não discrimina se por "polícia" quer dizer atividade policial ou poder de polícia administrativa.

franceses também se sujeitam à jurisdição ordinária em certos casos, não só à jurisdição administrativa), entre outras diferenças (de *dimensão subjetiva-institucional*).

Algumas demandas podem estar simplesmente reprimidas, por ausência de instituições que lhes deem vazão, ou podem ser canalizadas para instâncias alternativas de solução de conflitos, a exemplo, na França, da nova via do “Defensor de Direitos”, sucessor do “Mediador da República” (cf. 2.1.3.2), cujas estatísticas apontam assuntos que não transparecem no contencioso da jurisdição administrativa francesa, a exemplo da seguridade social e do direito de trânsito (**Quadro 5**). Nota-se, no entanto, que, nesta instância assim como na judiciária, matérias que a princípio deveriam ter tratamento isonômico pré-definido ocupam espaços destacados nesse universo tido como “consensual”.

Quadro 5 - Requerimentos ao "Mediador da República" (França, 2019)



Adaptado de: FRANCE (2019)²⁰⁶

1.3.2. O “conflito administrativo” no contexto da jurisdição-una dos EUA

Em termos quantitativos, o **Quadro 6** indica o perfil do contencioso cível-administrativo dos advogados da Administração direta do governo federal dos EUA (*U.S. Attorneys*, excluídos o gabinete do *Attorney General* e do *Solicitor General*), em 2019. Seus números precisam ser contextualizados, tendo em vista que há relativo consenso de que a

²⁰⁶ FRANCE, Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité du Défenseur des Droits 2019*, Paris: Défenseur des droits, 2020.

maioria dos casos é “negociada”, de modo formal ou informal, ou “terminados” por decisões “sumárias”, “que são, na verdade, mais próximas de disposições *não consensuais* sobre o mérito”, e que apenas pequena parcela dos litígios cíveis é efetivamente levada a julgamento (estima-se 2%), em grande parte em razão dos custos de litigância nos EUA²⁰⁷ — ao passo que, no universo da tabela (casos em que advogados federais dispenderam ao menos 1 hora de trabalho), 41% dos casos foram sentenciados.

Embora as citadas ressalvas institucionais não permitam extrair da tabela um panorama sobre os temas efetivamente “disputados” entre cidadãos e a administração americana, ela permite algumas inferências sobre a dinâmica dos conflitos, isto é, sobre a disputa na distributividade de recursos escassos. Em primeiro lugar, pode-se notar que chegam a esse nível formal da litigância norte-americana temas que apontam traços de particularidades socioeconômicas, como imigração e atividade “comercial” do Estado (*dimensão objetiva-substancial*). Em segundo lugar, a expectativa de que a minoria dos casos seja sentenciada, em parte por causa dos custos de litigância, é notório fator de influência sobre o comportamento das partes em torno do conflito, cuja estratégia dificilmente poderá fugir à ponderação sobre o custo/benefício do litígio em si (*dimensão subjetiva-institucional*), o que, naturalmente, será traduzido nas posições que sustentarão no jogo da disputa (*dimensão formal-procedimental*).

²⁰⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie, *Empirical Studies of ADR: The Baseline Problem of What ADR is and What it is Compared to*, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2009, p. 12.

Quadro 6 - Perfil das causas cíveis de advogados do governo federal dos EUA (2019)

	Casos administrativos trabalhados	Casos administrativos concluídos	Casos judiciais iniciados	Casos judiciais concluídos	Sentença a favor do governo	Acordos em juízo	Sentença contra o governo	Sentença terminativa	Ações findas por outros motivos
Governo-autor	10.088	3.985	5.631	4.604	1.469 (32%)	311 (7%)	124 (3%)	1.313 (28%)	1.387 (30%)
Confisco	3.053	1.778	1.226	1.267	566	81	13	86	521
Litigância comercial	2.739	257	2.401	1.357	299	29	3	836	190
Responsabilidade civil	1.186	602	283	312	3	8	0	99	202
Fraudes	1.349	596	667	514	92	94	20	184	124
Políticas administrativas	599	278	307	323	68	19	4	72	160
Governo-réu	59.462	375	59.082	75.010	15.933 (21%)	1.652 (2%)	9.122 (12%)	7.832 (11%)	40.471 (54%)
Litigância comercial	25.165	42	25.128	43.164	1.987	169	1.534	4.697	34.777
Seguridade social	16.426	82	16.366	16.443	6.903	62	6.197	594	2.687
Litígios de presidiários	6.883	32	6.810	6.398	4.355	5	1.070	273	715
Imigração	3.784	31	3.743	3.028	909	41	108	1.359	611
Responsabilidade civil	3.071	47	3.025	2.670	811	608	73	370	808
Gov.-terceiro interessado	12.352	1.750	10.316	9.951	484 (5%)	6.081 (61%)	58 (1%)	629 (6%)	2.699 (27%)
Total	81.902	6.110	75.029	89.565	17.866 (20%)	8.044 (9%)	9.304 (10%)	9.774 (11%)	44.557 (50%)

Dados das unidades dos *US Attorneys* (não inclui, e.g., gabinetes do *Attorney General* e *Solicitor General*).

Casos administrativos trabalhados = em que *Assistant US Attorneys* dispenderam 1 hora ou mais de trabalho.

Ações findas por outros motivos = *suspensões não-judiciais e conclusões por razões administrativas*.

Governo terceiro-interessado = inclui *amicus curiae*, interesse como credor (principalmente falências) e outros

Dados nas faixas brancas retratam os sub-assuntos mais recorrentes em cada grupo (governo-autor ou réu).

*Adaptado de: Justice.Gov (2019)*²⁰⁸

Nesse contexto, chama atenção que, mesmo nos casos ajuizados, metade são **findos por motivos formalmente diversos de sentença ou acordo**, coerentemente com a expectativa de que haja espaços de discricionariedade administrativa que levem à solução de litígios sem necessariamente se formalizar um processo que envolva um advogado do governo. Chama atenção, ainda, o baixo índice de sentenças de mérito desfavoráveis ao governo (10%), reduzido especialmente quando este é autor da ação (3%), o que denota **atuação estratégica** da

²⁰⁸ U.S.A., Department of Justice, *United States Attorneys' Annual Statistical Reports*, Justice.Gov, disponível em: <<https://www.justice.gov/usao/resources/annual-statistical-reports>>. acesso em: 20 nov. 2021. Os dados da última década, disponíveis no mesmo sítio, indicam ordens de grandeza próximas.

advocacia governamental no controle das formas de expressão do conflito que mantém um ambiente no qual a **condenação judicial do governo é exceção**.

Do ponto de vista conjuntural, é preciso lembrar que as balizas jurídico-constitucionais dos EUA são mais enxutas que as do Brasil. A Constituição dos EUA aborda, basicamente, a organização política e administrativa, o que reduz o espaço para extrair direitos subjetivos sem clara delimitação legal. A exceção é a seguridade social (que inclui previdência, assistência e saúde), que representa 27% dos procedimentos e das ações em que o governo é demandado (dado que o estoque de processos administrativos é baixo, infere-se que há um afluxo para a discussão na via judicial);²⁰⁹ diferentemente dos demais casos, **na matéria de seguridade, julgamentos prevalecem a acordos**.

Do ponto de vista estrutural, destaca-se que cabe ao *Attorney General* a **coordenação da “política de ADRs” no governo**. Para tanto, a legislação não só autoriza — em certos casos, *obriga* — os advogados governamentais a praticarem atos como firmar acordos, como lhes confere **discricionariedade para decidir sobre os métodos** a serem aplicados em cada caso e, dentro de certos limites, a extensão das obrigações a serem contraídas em nome do Estado.²¹⁰ Assim, o *Attorney General* é a autoridade máxima competente para decidir sobre o fim extrajudicial da controvérsia administrativa e, ao mesmo tempo, a autoridade máxima com iniciativa para responsabilizar os agentes públicos envolvidos nessas soluções.

Em breve síntese, viu-se nesse capítulo que, para os fins aqui propostos, é útil se valer de conceito de *conflito* como a divergência (real ou aparente) a respeito de problemas alocativos, e de *conflito administrativo* como aquele cujo objeto controvertido é o exercício de *funções administrativas*, que, sem pretensão de rígido enquadramento, remetem, em resumo, a atividade de império estatal, de prestação de serviços estatais e de gestão burocrática dos negócios estatais, as quais, coerentemente com os modos atuais de atuação do Estado e com

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ BINGHAM, Lisa Blomgren; WISE, Charles, The Administrative Dispute Resolution Act of 1990: How Do We Evaluate Its Success?, *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 6, n. 3, p. 383–414, 1996, p. 386.

dados estatísticos, aproximam a dinâmica da litigância estatal àquela de grandes prestadores de serviço.

Neles, vale fazer a distinção entre as *posições* formalmente ostentadas no conflito pelas partes e seus *interesses subjacentes*, os quais, no caso da Administração, não de corresponder, naturalmente, aos *interesses públicos*, cuja compreensão, no entanto, deve partir da premissa de que não se trata de noção una e objetivamente identificável, mas sim de um plexo de interesses plurais e até mesmo contraditórios. Vale, ainda, discernir tais interesses dos *poderes* que as partes têm; muitas vezes, a solução da controvérsia não depende necessariamente de que o *poder* seja exercido, embora seja comum que eles sejam ostentados, por estratégia das partes no jogo do conflito.

Antigas concepções mecânicas do agir administrativo que não admitem essas nuances são perniciosas para o avanço da ciência do tratamento das divergências de que a Administração é parte. É preciso assumir o conflito no direito da Administração Pública e o aspecto humano que lhe é inerente, muito mais amplo que as reduzidas formas jurídicas disponíveis para que o conflito se expresse. É preciso, ainda, entender que o Estado-litigante não é um bloco monolítico, mas um articulado composto por milhares de estruturas e agentes, com diferenciações funcionais cuja compreensão é premissa para que se possa desenhar meios eficientes de solução de conflitos.

Isso é importante porque ao se olhar para essas entranhas do fenômeno litigioso, aguça-se a sensibilidade sobre os pontos que precisam ser tratados, tornando a solução possivelmente mais cirúrgica, menos traumática, mais eficiente. Essa eficiência, no entanto, não pode ser olhada pela Administração com lentes microscópicas. Na medida em que a razão-de-ser do Estado é trabalhar em prol do equilíbrio e da geração de resultados positivos para a sociedade, impõe-se perceber a existência de *macro-problemas* por trás de eventuais *microlides*. Análises de “adequação” sobre o tratamento dos conflitos administrativos devem ter esse aspecto em vista e subsidiar a *escolha* a ser feita a respeito do foco a ser dado no desenho de métodos para resolução desse tipo de controvérsia. A repercussão do conflito para a sociedade — ou, figurativamente, as *externalidades* provocadas pela máquina estatal ao tentar resolver conflitos — não são um assunto alheio a esse tema; ao contrário, são um quesito a pautá-lo.

2. SOLUÇÕES EM CONFLITOS ADMINISTRATIVOS

Antes de entender o método que ligará o conflito à solução, é preciso avistar mínimos elementos em relação a este ponto de chegada, ou seja, ao universo de soluções em tese possíveis. Isso é indispensável tanto para evitar desperdício de esforços com expectativas impossíveis ou de improvável concretização, como para se despertar a percepção de novos caminhos. O tema comporta diversas abordagens, desde a própria criação abstrata das normas jurídicas à aplicação concreta pelo agente administrativo de balcão. Para os fins deste trabalho, interessa a abordagem que identifica como o universo de soluções possíveis é colocado para o tomador de decisão, e como as suas circunstâncias institucionais podem impactar na seleção das alternativas disponíveis. Conforme se verá, agentes públicos reagem de modo não muito diverso do que outros atores reagiriam em circunstâncias parecidas em outras grandes corporações; guardadas as diferenças de incentivos e desincentivos de cada ambiente (que, no setor público, tem um especial histórico com o problema em admitir que o erro é ordinário na atividade administrativa), a compreensão desses processos internos de tomada de decisão é essencial para se prosseguir.

2.1. PREMISSAS CONCEITUAIS

2.1.1. Conceito de “solução”: decisão *possível* de imperfeição *aceitável*

“Solução” denota decomposição, decisão, transformação; “solucionar” é sinônimo de solver (resolver, dissolver, diluir, dividir, decompor), deliberar (“ter como fundamento”) e determinar (“causar mudança ou transformação”, trazer proveito ou vantagem, ter efeito, extinguir).²¹¹ Ao se “solucionar” o conflito, desmonta-se a *crise insuportável* e se toma uma *decisão* — ou seja, *alguém* aplica algum *critério*, frequentemente dado ou ao menos

²¹¹ AULETE, *Dicionário Caldas Aulete*.

legitimado pelo Direito, de distinção e definição — para tentar remontar uma situação (talvez ainda de crise) *suportável*, isto é, para se produzir uma transformação da situação problemática em uma circunstância mais proveitosa, em que as incertezas pretéritas, então insuportáveis, são trocadas por novas incertezas, suportáveis para o momento. Falar em “a ‘solução do conflito’ é por isso uma definição talvez um pouco exagerada”.²¹²

A cultura judicial, em que *processos* sempre têm “**resolução**”, com ou sem julgamento de mérito, e em que o *conflito jurídico* sempre tem “solução” (vedação ao *non liquet*: art. 140, CPC), pode induzir a equivocada percepção de que outros métodos trabalhem com essa mesma lógica. Avaliações neutras de terceiro e *dispute boards*, porém, são exemplos de métodos em que pode haver meras sugestões, sem pretensão de se “resolver” o conflito. Outros métodos, como mediação e negociação, sequer prometem “fim” do conflito, pois seu compromisso principal é com o “meio” de diálogo. Por sua vez, métodos que se abrem para problemas *não jurídicos* (e.g. emocionais), obviamente, tampouco poderiam prometer resolvê-los juridicamente. É preciso cuidado com expectativas criadas em torno de (falsas) promessas de que métodos (sempre) levem a “soluções”.

No ciclo de decomposição-decisão-transformação, que corresponde à solução de um conflito, o ato de **decisão** (= produto *formal* de *quem* decide com base em algum critério, objetivo ou subjetivo, mas sempre racional) é o aspecto em que o Direito se sobressai, alcançando diretamente o *objeto jurídico* ou *objeto formal* da relação controvertida e, por consequência, indiretamente, o respectivo *objeto material*, isto é, o bem da vida em disputa²¹³ — em torno do qual se colocam questões de escassez e distributividade.²¹⁴ Do ponto de vista da *dimensão formal-instrumental*, no processo judicial, concebe-se que soluções são veiculadas por meio de pronunciamentos (ou provimentos) do juiz, podendo ser finais (contendo ou não julgamento de mérito — classificando-se, quanto à natureza da sua *dimensão objetiva-substancial*, em provimentos declaratórios, constitutivos ou condenatórios de obrigações de

²¹² LUHMANN, *Conflitto e diritto*, p. 18–19, tradução livre. Segundo o autor, não se põe fim às incertezas, mas apenas se migra para um campo em que a atribuição de causas é “desdramatizada”. — A intenção do CPC/2015, no entanto, é que seja “*efetivamente, posto fim à controvérsia*”: BRASIL, *Exposição de Motivos (Anteprojeto do NCPC)*, p. 32.

²¹³ SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, p. 271 — Outros autores podem empregar tais termos em sentido diverso, especialmente em contextos diversos, como no direito penal, em que o “objeto jurídico” do crime denota o valor ou interesse tutelado, e o “objeto material” a pessoa ou coisa que suporta a conduta.

²¹⁴ CALABRESI; BOBBITT, *Tragic Choices*, p. 18.

fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar²¹⁵) ou interlocutórios (decidindo questão incidente ou determinando providências à marcha processual), diferenciando-se dos meros *atos materiais*, como os de documentação, que “não têm, como os precedentes, qualquer caráter de *resolução* ou determinação”.²¹⁶

Mais recentemente, tem-se percebido que, conquanto não tenham em vista o mérito da causa, decisões relativas ao **gerenciamento do processo** (*case management*²¹⁷) também são relevantes para a solução, pois afetam sua concretização em termos de tempestividade e efetividade, “o que envolve não só a definição formal do *procedimento adequado*, como a *organização política adequada* da função jurisdicional”.²¹⁸

Em um contexto em que se analisa não só o processo judicial, mas métodos de solução de conflitos em geral, no entanto, é importante entender que não só o terceiro imparcial que eventualmente participa da composição do conflito emite decisões que afetam a “solução” do conflito. “Às vezes, é o Estado-administração o único a decidir a respeito de eventuais conflitos, sem intervenção do Judiciário. É o que se dá nos casos de impossibilidade da censura judicial dos atos administrativos, do ponto de vista da oportunidade ou conveniência”.²¹⁹ Em certos métodos, a solução pode ser até mesmo protagonizada pelas próprias partes, com ou sem auxílio de terceiros (*e.g.* mediação e negociação, respectivamente). Mesmo no processo judicial, a decisão jurisdicional de mérito é apenas uma fração do fenômeno da resolução de conflitos; das decisões constitucionais que inauguram o Direito (cuja legitimidade, aliás, se baseia numa

²¹⁵ Essa classificação tem valor didático; não tem pureza ontológica; toda sentença carrega alguma carga declaratória, constitutiva e condenatória. Igualmente, toda obrigação é, ontologicamente, um fazer, mas o Direito diferencia o fazer consistente em dar dinheiro (*pagar*) dos demais fazeres consistentes em dar coisas certas (*dar*) e estes dos demais fazeres positivos (*fazer*), em contraposição ao fazeres negativos (*não fazer*), porque se entendem que merecem tratamento especial: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado das Ações - Tomo I: Ação, classificação e eficácia*, São Paulo: RT, 1970, p. 120.

²¹⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 171. Itálico não-original.

²¹⁷ “*Case management*, em suma, é uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: (a) identificação das questões relevantes, (b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias e (c) programação do tempo necessário para a conclusão adequada de todos os passos processuais”: WATANABE, Kazuo, A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil, *in*: WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGASTRA NETO, Caetano (Orgs.), , São Paulo: Atlas, 2007, p. 8.

²¹⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Democracia, participação e processo, *in*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.), *Participação e processo*, São Paulo: RT, 1988, p. 84.

²¹⁹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 177.

tomada de decisão democrática, de autorregulação social²²⁰), até a decisão de uma das partes em demandar ou “por fim” a um conflito (nem que seja para se dar por satisfeito, desistir, cumprir a condenação ou encarar os ônus de descumpri-la), **soluções pressupõem uma cadeia de decisões**, de natureza e de momentos diversos, que enfrentam questões preliminares sobre *quem* pode, *como*, *quando*, e *com base em que*, decidir *o quê* e *para quem*, questões incidentais de inflexão do conflito (*e.g.* deflagração, impulso, suspensão de procedimento resolutório do conflito) e questões consequentes da solução posta (*e.g.* sobre o cumprimento).²²¹

Ao longo dessa cadeia, não raramente são decididas questões que não poderiam ser resolvidas apenas por critérios do tipo certo/errado. Por vezes, é possível identificar (na *dimensão objetiva-substancial* do universo de soluções) mais de uma alternativa admissível (se todas estiverem em *zona de certeza positiva*); outras vezes, é possível excluir soluções inadmissíveis (*zona de certeza negativa*), reduzindo-se, mas não se eliminando a *zona de incertezas*, casos em que, ausentes critérios objetivos de decisão, não restará alternativa senão confiar na subjetividade de alguém (como ocorre no âmbito das *decisões discricionárias* na Administração Pública); outras, ainda, diante dos problemas de escassez e distributividade ínsitos aos conflitos, demonstram ser simplesmente *impossível* atender a todos, impondo escolher os excluídos, diante das alternativas concretamente *possíveis*. Delimitado tal impasse, a questão passa a ser a *quem* cabe decidir *apesar* das dúvidas (*dimensão substancial-institucional*).

Diante desse quadro, o **conceito adotado de “solução”** é o de decisão *possível* de imperfeição *aceitável*, mantendo em vista que a consciência sobre a sua falibilidade deve fazer parte da análise de adequação processual, uma vez que, por serem produto de deliberação humana, sofrem de *racionalidade limitada*.

²²⁰ Tratando da necessidade contemporânea de autorreconhecimento dos indivíduos nas normas que lhe regem e do signo convencional ínsito na vontade democrática constitucional, ver, respectivamente: HABERMAS, *Between facts and norms*, p. 120; HABERMAS, Jürgen, ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, p. 21–45, 1998, p. 42.

²²¹ Daí chamar-se o direito processual de “direito adjetivo”, que qualifica o “direito material”. “Não é possível nenhuma aplicação das normas do segundo tipo sem a aplicação das normas do primeiro tipo. O Direito substantivo civil, criminal ou administrativo não pode ser aplicado num caso concreto sem que, ao mesmo tempo, seja aplicado o Direito adjetivo que regula o processo civil, criminal ou administrativo. Os dois tipos de norma são realmente inseparáveis. Apenas na sua união orgânica é que eles formam o Direito”: KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 188.

2.1.2. Racionalidade limitada: importância jurídica da imperfeição das decisões

Na medida em que envolvem a capacidade humana de decidir (que é refém de limitações de cognição, de tempo, de recursos e de informações), é inerente aos processos de tomada de decisão a **racionalidade limitada** (*bounded rationality*).²²² Decisões e “soluções” são, assim, por natureza, imperfeitas e, na medida em que sejam indispensáveis, não há alternativa senão conviver com suas imperfeições: “a *segurança jurídica*, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou *segurança*, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos”.²²³ A própria ideia de que é necessário promover segurança jurídica existe justamente porque, na verdade, a incerteza e a imprecisão são uma constante das decisões humanas. Pode-se, quando muito, escolher (ou seja, mais uma vez, decidir) quais são as imperfeições aceitas como toleráveis, como ocorre costumeiramente em sistemas de solução de conflitos, ao se conceber uma instância final em que a decisão de *quem* decidiu por último prevalece, ainda que tenha decidido sobre *o que* não poderia (*e.g.* invasão de competência administrativa por instância judiciária contra a qual não caiba recurso) — o que demonstra a importância dessa dimensão subjetiva na “adequação” do método de “solução” de conflitos.

Essa limitação está compreendida na nova previsão, introduzida pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942), ao prever que devem ser considerados os “obstáculos e dificuldades reais do gestor” e as “circunstâncias práticas” que tiverem “limitado ou condicionado” a atuação do agente público.²²⁴ Destaca-se:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias

²²² Cf. “Racionalidade Limitada” [*bounded rationality*]: *Encyclopedia of law and economics*, p. 147.

²²³ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 377.

²²⁴ Trata-se de uma “visão realista da gestão pública”, atenta à vida real, “impedindo que as interpretações jurídicas sejam focadas no micro, no detalhe formal, no burocrático, nos cliques enfim”: SUNDFELD, CARLOS ARI, A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação, *in*: CUNHA FILHO, Alexandre José Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.), *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 37. — Tal autor, que participou da elaboração do anteprojeto que deu origem à referida norma, apontou, anteriormente à aprovação, que a intenção era, precisamente, “impor o dever de medir consequências nas decisões públicas, de fazer a realidade administrativa ser considerada na interpretação e na aplicação do direito”: SUNDFELD, Por um direito mais que administrativo, p. 69.

práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.
(...)

No setor público, o manejo dessas limitações tem sido estudado por disciplinas que, sem negar essas imperfeições, tentam, na medida do possível, qualificar decisões com racionalidade. Trata-se de ideia próxima à chamada por Carlos Ari Sunfeld e de André Rosilho de “**estudo de impacto jurídico**”, no sentido de “testar a eficácia e o risco das fórmulas jurídicas cogitadas”, com especial atenção para *assimetrias de informações* entre os atores envolvidos na elaboração das normas e das políticas públicas, a *realidade* (isto é, o limite do efetivamente possível, a fim de se evitar o idealismo fantasioso) e a *complexidade* para o “consumo externo” da regulação posta.²²⁵

No mesmo sentido se fala em “Análise de Impacto Regulatório” (“AIR”) ou “Análise de Impacto Legislativo” (AIL”) — cf. Introdução, iii.b. As “boas práticas” de AIR apontam que essa análise não se reduz à elaboração de um documento protocolar. Depende também de um compromisso com a seriedade do instrumento, o que requer investimento, profissionalização, governança (independência e imparcialidade) e respeito às análises concluídas. Na AIR, destrincham-se aspectos que, conquanto óbvios, nem sempre são transparentes nos processos de tomada de decisão.²²⁶

- (i) identificação do *problema* e suas consequências;
- (ii) definição de *objetivos*, prioridades e de margens de risco aceitáveis;
- (iii) estimativa de *alternativas*, coleta de informações e comparação de opções, tendo em vista seus custos, prováveis desdobramentos e transparência;
- (iv) legitimação da decisão, implementação, monitoramento e *revisões*.

No âmbito da solução de conflitos, como visto, é importante identificar não só o *microproblema*, mas também o *macroproblema*, sem o que não é possível entender os *objetivos* prevaletentes, que podem ser desviados se houver um foco no caso concreto que aliene o tomador de decisão, possivelmente perderá também a visão completa do espectro de *alternativas* que se colocam. Por fim, a consciência de que *revisões* são necessárias, além de estabelecer um

²²⁵ SUNDFELD; ROSILHO, Direito e políticas públicas: dois mundos, p. 73–79.

²²⁶ Por todos: OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, *Best practice principles for regulatory policy*, Paris: OCDE, 2020, p. 14–15.

compromisso com o acerto e com a boa-fé, faz lembrar que é preciso que eventuais erros sejam reconhecidos como fator ordinário da solução de conflitos.²²⁷

Esse tipo de estudo, difundido e obrigatório em diversos países, principalmente europeus,²²⁸ tornou-se mandatário para a Administração direta e autárquica da União a partir do Decreto federal nº 10.411/2020. A rigor, porém, tais aspectos deveriam estar presentes em qualquer processo de tomada de decisão, dos mais genéricos (legislação) aos mais pontuais (jurisdição) — magistrados, aliás, fazem, sim, comparação de “opções de decisões”, conforme aventa, por exemplo, o art. 8º do CPC.²²⁹ Com ainda mais razão, é pertinente para decisões administrativas em geral, inerente que lhes é o dever de motivação com base em racionalidade de interesse coletivo. Serve, portanto, como ferramenta útil para soluções em conflitos da Administração Pública, em geral.

É preciso manter em mente, entretanto, que não se pode subestimar o *custo de decidir*, a começar pelo custo da própria avaliação de custos (*cost of costing*).²³⁰ Guido Calabresi e Philip Bobbit apontam que estes vão além do aspecto monetário, ou mesmo material, pois envolvem outras ordens de questões, como custos políticos, reputacionais e até mesmo cognitivos, no sentido de que o esforço para se conceber critérios de métrica podem ser consideráveis, às vezes intransponíveis, como nos casos de *escolhas trágicas* que implicariam comparar valores “incomensuráveis”, como a vida. Assim, por exemplo, ao resolver as questões inerentes aos conflitos (como visto: *o que será feito e para quem*, ou seja, *escassez vs. distributividade*), sistemas de mercado resolvem-nos por meio da “soma dos desejos individuais que podem ser [nele] manifestados”, falhando, porém, na “ponderação dos prejuízos e

²²⁷ Auxilia, deste modo, a recomendação de que “a pesquisa sobre os limites, falhas e necessários aperfeiçoamentos do controle da Administração Pública precisa ser disseminada pelas Faculdade de Direito e centro de pesquisa para, assim, os problemas concretos serem mapeados e receberem soluções jurídicas”: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de, Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil, in: SOUZA, Rodrigo Pagani de; PEREZ, Marcos Augusto (Orgs.), *Controle da Administração Pública*, Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 37.

²²⁸ RENDA, *Law and Economics in the RIA World*, p. 108.

²²⁹ CPC, “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

²³⁰ Cf. CALABRESI, Guido, Remarks: The Simple Virtues of The Cathedral, *The Yale Law Journal*, v. 106, n. 7, p. 2201–2207, 1997, p. 2205. No trecho, o autor recupera a expressão *cost of costing* — antes já usada em CALABRESI, BOBBIT, *Tragic Choices*, p. 145 — para afirmar que, mesmo em relação a bens sob propriedade privada, “na maioria das vezes achamos que esse último custo não é muito; mas quando se pensa em todas as tentativas – seja por auditorias sequenciais ou estimativas pessoais – em determinar o preço que uma pessoa venderia [uma propriedade], percebe-se quão maior esse último custo pode ser. Então voltamos ao *insight* de Coase: não há almoço grátis. Tudo tem um preço”.

benefícios que externalizam”; processos políticos, por outro lado, captam vontades sociais, mas falham ao captar desejos individuais, principalmente porque “tratam pessoas igualmente, mas não como iguais”.²³¹ Deste modo, processos de tomada de decisão, em geral, são não só falhos na sua aplicação, como também limitados na própria definição de seus critérios.

2.1.3. Tipos gerais de soluções conforme os centros de decisão: heterocomposição, autocomposição e autotutela (revisitada)

A classificação dos tipos de solução pode ser feita a partir dos *polos de decisão*. No caso da heterotutela, há um terceiro estranho às partes com *poder de decisão*, o que não ocorre nos demais casos, em que eventuais terceiros podem até participar como facilitadores da tomada de decisão, mas não são, eles próprios, aptos a decidir (*e.g.* conciliador); note-se, ademais, que o grau de participação das partes no processo de decisão varia nos diversos modelos de heterocomposição (*e.g.* sistema inquisitivo *vs.* adversarial²³²). No caso da autocomposição, os polos *de decisão* estão nas próprias partes, cujo encontro de vontades é condição da solução, diferentemente dos outros modelos. No caso da autotutela, uma das partes tem o *direito/dever potestativo* de decidir, vinculando a outra parte, o que não significa que esta não possa participar do processo de tomada de decisão. Haveria, assim, a seguinte classificação das “soluções” conforme os centros de decisão:

- (i) **heterocomposição** (heterotutela ou adjudicação), em que o centro decisório preponderante está na figura de um terceiro imparcial, que impõe sua decisão a despeito da vontade dos litigantes (*substitutividade*);
- (ii) **autocomposição** (consenso, negociação), em que os centros decisórios preponderantes estão nas próprias partes que resolvem o conflito por meio do *encontro de suas vontades*, sem imposição de terceiros;

²³¹ CALABRESI; BOBBITT, *Tragic Choices*, p. 114–115. O conceito de “escolhas trágicas” será explorado, adiante, no Capítulo 5.

²³² Enquadrando o processo estatal brasileiro no chamado modelo inquisitorial (inquisitorial system), em que o julgador tem protagonismo na instrução probatória, contraposto ao modelo adversarial (adversarial system), que “assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir”: DIDIER, Fredie, Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 49, p. 207–217, 2013, p. 90.

- (iii) **autotutela** (unilateralidade), em que o centro decisório preponderante está em uma das partes, dotada de *direito potestativo* para, unilateralmente, alterar a situação jurídica da outra parte.

Cabe, aqui, uma **revisitação do conceito de autotutela**. No direito processual, o conceito carrega o ranço da associação à *vingança privada*, vedada entre os povos civilizados, cujo monopólio da força é do Estado; salvo hipóteses excepcionais, como o desforço imediato (CC, art. 1.210, §1º).²³³ No direito administrativo, carrega resquícios do autoritarismo absolutista, que deu origem a uma cultura de predominância da unilateralidade decisória, alienada de interlocução,²³⁴ levando a um “*complexo de exorbitância*”²³⁵ afugentador dos cidadãos a quem serve a Administração; não se prescinde, porém, da *autoexecutoriedade administrativa*,²³⁶ sem a qual seriam impraticáveis certas atividades administrativas, e do dever de revisão *ex officio* de atos administrativos anuláveis (Súmula 473 do STF²³⁷). Autores têm demonstrado que o uso da unilateralidade não só é desnecessário em diversas situações, como podem até mesmo contradizer o interesse público por encarecer a contratação com a Administração, estimular posturas negligentes e até facilitar desvios à probidade.²³⁸ Nesses casos, seria preferível a atuação consensual, logo mais comentada. Antes, porém, até porque continua recorrente na legislação, ainda é preciso compreender a unilateralidade que resta.

Primeiro, vale notar que, quando considerando que o Poder Judiciário é parte do Estado, tem-se que as decisões judiciais são também atos estatais impostos unilateralmente. Ademais, considerado os princípios da impessoalidade e do contraditório aplicáveis à Administração (CF, art. 5º, LV e 37, *caput*), as decisões do Poder Executivo, em tese, deveriam

²³³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 29.

²³⁴ Cf. MARQUES NETO, A superação do ato administrativo autista, p. 96. No texto, o autor trata do modelo de atuação administrativa de “absoluta indiferença com administrados e com a sociedade”.

²³⁵ A expressão, cunhada para denunciar o excessivo hábito administrativo de se portar com autoridade, a qual, muitas vezes, não é necessária para que a atuação pública seja funcional, é de: ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 183–184.

²³⁶ O atributo da autoexecutoriedade tem antecedentes na França, em que alguns autores distinguem a exigibilidade das obrigações impostas por decisão executória da Administração sem prévia consulta ao Judiciário (*privilège du préalable*) e a executoriedade de suas próprias decisões, com uso da força, igualmente sem prévia autorização judicial (*privilège d’action d’office*): DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 208.

²³⁷ STF, Súmula 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles 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”.

²³⁸ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, *Contrato Administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 329–331.

ser tão imparciais quanto as do Judiciário. Na realidade, porém, é senso comum que o grau de imparcialidade do Judiciário é maior — graças à independência dos seus membros, o que será aprofundado adiante, à luz da jurisdição administrativa francesa e dos *legislative courts* dos EUA (cf. 2.3). Por ora, importa que **a questão é antes de escolha da instituição** a decidir unilateralmente que de se ter uma decisão imposta pelo Estado, em si. Não se ignora que, no âmbito judiciário, também há clamor por um modelo menos *inquisitorial* e mais *colaborativo*,²³⁹ o que apenas reforça o paralelo exposto; não por acaso, igualmente no âmbito administrativo, clama-se por uma “Administração menos *autoritária* e mais *consensual*”.²⁴⁰

Segundo, cabe notar que a autotutela encerra nada mais que um **direito potestativo**²⁴¹ que existe tanto em relações públicas como privadas; nestas como naquelas, tem *funções jurídicas* que o conformam, não se presta ao abuso de direito (que não é cerne do presente estudo) e estão sujeitos à decadência, em corolário à proteção da confiança legítima.²⁴² Ademais, a autotutela administrativa, especialmente a que implique anulação de ato, **não dispensa processo**. Por outro lado, mesmo no contexto da Administração consensual, ainda pode ser preciso uma decisão unilateral, de modo que a figura mantém utilidade.²⁴³ Isso é claro nas situações processuais que se atinge a esfera jurídica da contraparte a despeito de sua vontade, a exemplo da renúncia antes da citação, da desistência de recurso e do **reconhecimento jurídico do pedido** — exemplos, por excelência, de *direitos-deveres* potestativos que impõe a autotutela nos casos de erro administrativo. Tais hipóteses são chamadas, por alguns, de *autocomposição*

²³⁹ Vide, por exemplo, no CPC/2015, as previsões de estímulo ao uso de métodos de solução consensual (art. 3º, §3º) e de cooperação processual (art. 6º). Várias acepções são debatidas em torno dessa “cooperação”. Para uma concepção de cooperação como condutas que produzem melhores resultados para o sistema judiciário como um todo: WOLKART, *Análise econômica do processo civil*.

²⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Do Contrato Administrativo à Administração Contratual, *Revista do Advogado*, v. Contratos com o Poder Público, n. 107, p. 74–82, 2009, p. 75.

²⁴¹ Extrapola aqui aprofundar-se nas críticas à existência dos direitos potestativos, bastando apontar que “aqueles que não querem, de forma alguma, ver nos direitos potestativos uma categoria autônoma de direitos subjetivos, têm que admitir, necessariamente, que eles constituem, pelo menos, uma classe especial de faculdades – isto é aquelas faculdades cujo exercício cria um estado de *sujeição* para terceiros”: AMORIM FILHO, Agnelo, Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 95–132, 1994, p. 14. — Conceituando direito potestativo como o poder de “influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar”: AMARAL, *Direito civil: introdução*, p. 200.

²⁴² NETO, Floriano de Azevedo Marques; ZAGO, Marina Fontão, Decadência da autotutela administrativa: a proteção do ato administrativo e de seus efeitos jurídicos, *Revista de Direito Administrativo*, v. 281, n. 3, p. 117–142, 2022.

²⁴³ Nesse sentido, “a hipótese em que uma *convenção* substitui o ato unilateral não se confunde com a hipótese de ato unilateral que pressuponha aquiescência de seu destinatário para ganhar efetividade prática. Numa situação como esta última, não se estaria diante de uma verdadeira *convenção*. Por exemplo, dizer que uma licença ou uma autorização pressupõem que seu destinatário as aceite não significa que tais atos não valham, ou não tenham efeitos jurídicos sem a aceitação”: MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato Administrativo*, p. 297.

unilateral,²⁴⁴ expressão admissível, mas que pode gerar dúvida, especialmente entre aqueles que ainda estranham as composições no âmbito administrativo. Terminologia à parte, importa, aqui, perceber que a unilateralidade, há muito empregada em situações reportadas como causadora de conflitos, é uma via de mão dupla, que pode (*deve*) ser usada, também, para proporcionar solução.

Por outro lado, assim como nas relações privadas, o direito potestativo nem sempre *deve* ser exercido nas relações públicas. Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida, “está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício a opção por se decidir de modo consensual”, isto é, “a opção da Administração impor a si própria certos condicionantes de sua ação, importando obrigação para com o destinatário (...) por uma via consensual de formação da convicção”, o que, na expressão do autor, por *módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral*, os quais não tratam de meio de dispor dos deveres a que está vinculado o agente público; “significa tão somente a adoção de certo procedimento de decisão”.²⁴⁵

Nesse contexto, o autor se reporta aos institutos italianos do *acordo substitutivo*, em que a avença toma lugar da decisão, e *acordo integrativo*, em que se acorda previamente o conteúdo da decisão, a qual, porém, ainda precisa ser emitida,²⁴⁶ o que interessa, aqui, por demonstrar que, naquele, há implicações na *forma, objeto e sujeitos* envolvidos, ao passo que, neste, mantém-se a *forma* e os *sujeitos* em suas posições tradicionais, mas ainda assim se obtém um *objeto* produto de consenso; naquele, a contraparte aparece formalmente com um novo *polo decisório* (caracterizando a *autocomposição bilateral*), enquanto neste a forma é mantida com um só *polo decisório* (formalmente, é autotutela), apesar da composição resolutiva

²⁴⁴ TARTUCE, Fernanda, *Mediação nos conflitos civis*, 2. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 35–40. — Qualificando a desistência e a submissão como espécies de autocomposição: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 29.

²⁴⁵ MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato Administrativo*, p. 302.

²⁴⁶ Previstos na Lei de Procedimento Administrativo nº 241/90. Cf. *Ibid.*, p. 300. — Os acordos *integrativos* são também chamados endoprocedimentais ou preliminares e “implica negociação do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração em, basicamente, três vertentes: (i) condicionamento do ato final a uma obrigação consensualmente estabelecida, (ii) complementação consensual do provimento final, e (iii) adequação do ato final mediante a substituição de um ato específico do processo”, ao passo que os acordos *substitutivos* teriam função de “(i) substituir a sanção administrativa ao final do processo administrativo; (ii) suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo e, após cumprimento de seus termos, determinar a extinção do processo; ou (iii) impedir a instauração de processo administrativo sancionador”: PALMA, Juliana Bonacorsi de, *Sanção e acordo na Administração Pública*, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 248–252.

(caracterizando a *autocomposição unilateral*). Mais que a classificação, importa perceber a amplitude e variedade dos modelos à disposição da Administração.²⁴⁷

Na **autocomposição** (ou *autocomposição bilateral*), por sua vez, o encontro de vontades de mais de um sujeito de direitos assume, em geral, forma de *negócio jurídico*. Tampouco se deve confundir, aqui, a solução negociada com necessárias concessões recíprocas (ranço do conceito da transação: CC, art. 840). Negociação é só o processo de comunicação: “mesmo que as partes se afastem de suas posições inicialmente assumidas (...), ‘cedendo’, assim, em suas posições, seus interesses subjacentes podem restar atendidos sem ser necessário comprometer o interesse alheio”.²⁴⁸ Assim, à luz da diferenciação entre *posições* e *interesses* (cf. 1.1.2), essa concepção de **negociação sem concessões**²⁴⁹ se enquadra até na mais tradicional concepção de *supremacia do interesse público*, que, afinal, prega a prevalência do *interesse*, não a da *posição* ou do *poder* público (estes, aliás, só se legitimam pela função de atender aqueles). Tal resultado pode se dar tanto (a) por *negociação direta*, sem intermediação de terceiros ou (b) por *negociação facilitada* (intermediada) por terceiro (*e.g.* mediador ou conciliador²⁵⁰), cujo papel não é tomar decisões, mas auxiliar as partes a negociar²⁵¹ ou, ao menos, a estabelecerem

²⁴⁷ O autor diferencia, ainda, que “a hipótese em que uma *convenção* substitui o ato unilateral não se confunde com a hipótese de ato unilateral que pressuponha aquiescência de seu destinatário para ganhar efetividade prática. Numa situação como esta última, não se estaria diante de uma verdadeira *convenção*”, apontando, como exemplo, a licença e a autorização; “Já a *convenção* que substitui o ato unilateral importa a criação de uma situação jurídica subjetiva, vinculando as partes envolvidas. Porém, na ausência do acordo das partes, não resta a Administração impedida de valer-se de ato unilateral par atingir o resultado pretendido”: MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato Administrativo*, p. 297–298.

²⁴⁸ TARTUCE, *Mediação nos conflitos civis*, p. 41. A autora afirma que “em certo sentido, a negociação é o processo de comunicação, em que duas ou mais pessoas decidem sobre a distribuição de valores escassos; em outras palavras, negocia-se para se obter com o outro aquilo que sozinho não se obteria” (p. 42). No quadro exposto, é importante perceber que a decisão bilateral proporciona, sim, *aquilo que sozinho não obteria* o Estado, pela decisão unilateral, a começar pela aproximação, democrática e republicana, com o cidadão.

²⁴⁹ Até porque “a razão por que você negocia é produzir algo melhor que os resultados que obteria sem negociar. Quais são os resultados? Qual é a alternativa? Qual é o a sua MAPAN - Melhor Alternativa Para o Acordo Negociado? [BATNA – Best Alternativa To a Negotiated Agreement] Esse é o *standard* contra o qual qualquer proposta de acordo deveria ser medida. Esse é o único *standard* que pode te proteger tanto de aceitar termos que são muito desfavoráveis como de rejeitar termos que seria do interesse aceitar”: FISHER; URY, *Getting to Yes*, p. 51. Adiante, tais autores formulam a ideia de “negociação sem concessões” (p. 77).

²⁵⁰ A existência de diferença entre mediação e conciliação é debate que extrapola os propósitos desta tese. Basta aqui registrar que, no Brasil, o legislador optou por definir a figura do conciliar como aquele “que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, [e] poderá sugerir soluções para o litígio”, e o mediador como o “que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (CPC, 165, §2º e §3º).

²⁵¹ Indicativa de que há uma negociação contida na mediação, a lei prevê que “o convite para iniciar o *procedimento de mediação* extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o *escopo proposto para a negociação*” (LMED, art. 21).

uma *comunicação funcional*, a partir da qual possam compreender o conflito e tomar decisões autônomas (cf. 3.1.3). De um modo ou outro, não se altera a natureza da solução em si.

A **heterocomposição**, por fim, atribui a um terceiro estranho às partes o principal polo de decisão, a qual pode ter natureza (a) *jurisdicional*, como o processo judicial e, segundo entendimento prevalescente no Brasil, a arbitragem,²⁵² ou (b) *contratual*, como os comitês de solução de conflitos adjudicativos (*Dispute Adjudication Boards*) e, segundo entendimento prevalescente nos EUA, a arbitragem.²⁵³ Pode-se vislumbrar, ainda, heterocomposição (c) *administrativa*, em órgãos judicantes, existentes, por exemplo, em autarquias de regime especial (“agências”; e.g. CADE) e em colegiados da própria Administração direta (e.g. CARF), posição essa que faz sentido especialmente se e na medida em que o órgão tiver *independência* tal que possa ser tratado como terceiro estranho às partes; caso contrário, a hipótese estará mais próxima de verdadeira *autotutela*. Mais uma vez, a relevância está menos na taxonomia e mais nas implicações institucionais trazidas para a solução de conflitos.

2.2. SOLUÇÕES EM CONFLITOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

2.2.1. Dimensão objetiva-substancial (critérios de decisão)

2.2.1.a. *Com base em que se dão soluções? A (falta de) objetividade no interesse público, na legalidade, na isonomia e (até mesmo) na eficiência*

“A organização do poder tem a função de tornar possível a solução dos conflitos, a qual tem a função de tornar possível a segurança social”.²⁵⁴ O Direito, sabe-se, é um instrumento legitimador de decisões que reduz custos de transação na medida em que evita que,

²⁵² Pois, na legislação brasileira, se trata de processo contraditório do qual decorre sentença de idêntica natureza à judicial, de modo que faz coisa julgada e constitui título executivo *judicial* (CPC, art. 515). Cf. CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e administração pública - primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 51, p. 7–21, 2016, p. 189–190. Ver ainda: STJ, 2ª Seção (Direito Privado), Conflito de Competência 111.230/DF, Relatora Ministra Nancy Andrigui, julgado em 8 mai. 2013, DJE 3 abr. 2014 (admitindo o conflito de competência entre juiz e árbitro em vista da natureza jurisdicional de ambas funções)

²⁵³ Cf. GAILLARD, Emmanuel; FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris: Litec, 1996, p. 14. Os autores resolvem o dilema propondo que a arbitragem tem origem contratual, mas conteúdo jurisdicional.

²⁵⁴ BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 106.

a cada conflito, tenha que se *decidir como decidir*.²⁵⁵ Diferenciando, de modo racional, os papéis de cada ator desse sistema, legitimam-se procedimentos por meio dos quais se tomam decisões válidas como obrigatórias,²⁵⁶ criando regras e modelos jurídicos que “se *positivam* e se *objetivam*”, no sentido de se tornarem “realidades independentes da pessoa do observador, e irredutíveis à sua subjetividade”, donde nasce o **Direito objetivo**.²⁵⁷

Na realidade, porém, essa “objetivação” jamais é completa, absoluta, exauriente de subjetividades, nem capaz de eliminar totalmente os custos de transação. Como visto (cf. 2.1.2), a *racionalidade limitada* impede que as normas postas sejam exaurientes, de sorte que lacunas, margens interpretativas e até contradições são comuns no sistema, cujos custos de tomada de decisão — que incluem, como dito acima, os próprios custos de avaliação dos custos (*cost of costing*) — não podem ser subestimados.²⁵⁸ Tal contexto tem implicações importantes no Estado contemporâneo, merecedoras de estudos próprios em relação à *crise do Estado* na nova *arena pública*, ao fenômeno da expansão da legalidade (não “desregulamentando”, mas agregando novas formas normativas), à diluição de conceitos de paridade individual no *Estado pluriclasse*, e ao esgotamento da concepção do interesse público como uno e objetivamente identificável.²⁵⁹ Para os fins aqui propostos, bastam fixar algumas premissas.

²⁵⁵ Afirmando que “a administração profissional do direito, por escrito, público e sistematicamente configurado, exonera as pessoas jurídicas privadas dos custos que são exigidos do indivíduo quando se trata da solução moral dos conflitos de ação”: HABERMAS, ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?, p. 41–12. — A questão de “quem decide quem decide”, adiante explorada, tem referência em: KOMESAR, *Imperfect alternatives*, p. 286.

²⁵⁶ Nesse sentido: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 30–41, 56, 84–85. Para o autor, “leis, atos administrativos, sentenças, etc. são, pois, legítimos como decisões quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidos e devem fundamentar o próprio comportamento” (p. 32); a legitimação ocorreria pela diferenciação na racionalização de papéis, pelo filtro que transforma “conflito real” em “conflito permitido” por meio do distanciamento (“institucionalização”), e por “ações estereotipadas” que reduzem as inúmeras discussões que se poderia ter para formar essa legitimação.

²⁵⁷ REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 189.

²⁵⁸ Cf. CALABRESI; BOBBITT, *Tragic Choices*, p. 144–145.

²⁵⁹ Vide, respectivamente: CASSESE, Sabino, *La crisi dello Stato*, Bari: Laterza, 2002 (sobre a crise do Estado na globalização); CASSESE, *L’arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato* (sobre nova arena pública, de relações entre Estado e cidadão, especialmente negociais); FARIA, José Eduardo, *O Estado e o Direito depois da crise*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61 (sobre a deslegalização e a tendência parlamentar de se limitar a “marcos regulatórios”); GIANNINI, *Il pubblico potere*, p. 46–57 (sobre a sucessão do Estado Monoclasse, aristocrático, e do Estado Burguês, economicamente desigual embora com igualdades políticas-formais, pelo Estado pluriclasse, em cujas instituições estão virtualmente representadas todas as classes sociais); MARQUES NETO, *Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação*, p. 425. — Afirmando que, no Brasil, “não está havendo deslegalização”, pois “o avanço da Administração foi feito *sobre a liberdade* das pessoas e das empresas, e *não sobre as competências do Legislativo*”. Em suma: o que vem se intensificando é a regulação como um todo, tanto legislativa como administrativa”: SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, p. 249. No mesmo sentido: MARQUES NETO, *Regulação*, p. 538.

Em primeiro lugar, deve-se compreender que o **interesse público** é um plexo de múltiplos interesses, por vezes contraditórios, sem unidade, inespecífico, e mutável.²⁶⁰ Em abstrato, até se apontam alguns aspectos que lhe são naturais *a priori* (e.g. dignidade), mas mesmo nesse nível já se pressupõe que sua definição implica *escolhas*.²⁶¹ A *decisão* do que é interesse público *in concreto*, porém, depende dos falhos processos citados; conforme estudiosos da teoria da escolha pública, até mesmo na regra da maioria há circunstâncias que sequer a matemática socorre (*paradoxo do voto/Teorema de Arrow*).²⁶²

Ainda sobre o interesse público, é importante não confundir sua *supremacia* com uma (suposta) incompatibilidade com o interesse privado: não se trata de “princípio do necessário prejuízo ao particular”.²⁶³ Note-se, aliás, que, se uma situação melhorar a situação de um particular sem prejuízo ao patrimônio e à moralidade do Estado, não haverá interesse público a “prevalecer”, muito menos a “dispor”. Ao contrário, satisfazer o interesse privado, nesse caso, é um dever de moralidade — a qual não se esgota em moralidade-probidade e moralidade-razoabilidade, compreendendo também a **moralidade-cooperação**, que prescreve “a tarefa de

²⁶⁰ MARQUES NETO, Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação, p. 425.

²⁶¹ Por exemplo: “age como se quisesse que todos agissem assim” (imperativo categórico, de Kant) *em vez de agir de outra forma*; “escolha a sociedade em que quer viver sem saber a posição que nela ocupará” (“posição original” de John Rawls, cuja hipótese, aliás, é de que aqueles que escolheriam a sociedade em que viveriam tenderiam a escolhas “aversas a riscos”).

²⁶² **Paradoxo do voto/Teorema de Arrow:** trata-se da constatação de que, havendo três ou mais alternativas, nenhum sistema de eleição consegue traduzir, coletivamente, a ordem de preferências individuais, atendendo ao mesmo tempo condições de razoabilidade aptas a apontar a opção de maior satisfação coletiva. O teorema recebe o nome de Kenneth Arrow, que “generalizou” o paradoxo do voto, já apontado por outros estudiosos (como Condorcet, que indicou que a racionalidade individual não pode ser estendida para grupos), demonstrando que “desenhos para curar a irracionalidade coletiva podem prejudicar a justiça (*fairness*) coletiva de modo fundamental”; por exemplo, o controle da ordem de votação (o procedimento, portanto) pode influenciar o seu resultado: STEARNS; ZYWICKI; MICELI, *Law and Economics: Private and Public*, p. 551. — O citado autor ainda contextualiza o paradoxo na incapacidade do governo em identificar externalidades e alocar eficientemente recursos, em: ARROW, Kenneth, Political and economic evaluation of social effects and externalities, in: MARGOLIS, Julius (Org.), *The analysis of public output*, Cambridge (EUA): NBER, 1970, p. 1–30.

²⁶³ MEGNA, Bruno Lopes, Notas sobre os princípios da Administração Pública na consensualidade administrativa - e sua relação com as PPPs, in: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (Orgs.), *Experiências práticas em concessões e PPPs: estudos em homenagem aos 25 da Lei de Concessões*, São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. I-Estruturação e Arbitragem, p. 297. “O que é vedado é que o particular obtenha vantagem indevida às custas de prejuízo público, mas não que, ausente prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial (e.g. prejuízo à moralidade administrativa), a Administração se coloque de acordo com situação que beneficiará um particular”. — Por isso, melhor falar “não em supremacia do interesse público sobre o privado, mas simplesmente em supremacia do interesse público, já que este pode representar a proteção a um interesse de um ou alguns administrados apenas”: RODRIGUES, *A Fazenda Pública no Processo Civil*, p. 10–11. — Como obra de referência no tema, vide: SARMENTO, Daniel, *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, São Paulo: Lumen Juris, 2005.

auxiliar os cidadãos no exercício de seus direitos e no cumprimento de seus deveres”.²⁶⁴ Ademais, impedir o privado de melhorar sua situação sem prejudicar terceiros é uma medida contraditória com a busca de distribuição “alocativamente eficiente” dos recursos escassos (**ótimo de Pareto**).²⁶⁵

Por sua vez, a *indisponibilidade* desse *interesse*, decorrência lógica dos fatos de que ninguém é seu titular e de que os mandatários públicos não podem *desviar a finalidade* dos poderes que receberam para fazer escolhas outras que atender ao interesse público — não diferentemente do que ocorre com mandatários de sociedades privadas, vedados de praticar atos *ultra vires societatis* —, tampouco se confunde com indisponibilidade do *patrimônio* público — que *deve* ser disponibilizado para atender aos cidadãos, nas condições legais (noção de **disponibilidade condicionada**, expressão de Floriano de Azevedo Marques Neto²⁶⁶) — e, menos ainda, com indisponibilidade das *formas* públicas: exceto se a lei impuser uma forma (questão de escolha legislativa, não de indisponibilidade), a variação das formas é deferida à Administração (justamente para que o apego formal não desvie o *interesse* que a vincula).²⁶⁷

Neste ponto, é preciso ter cuidado com a má-compreendida e, para alguns, já superada²⁶⁸ divisão entre o *interesse público primário* e o *secundário*, este último tão recorrentemente referido como o “mero” interesse burocrático-patrimonial da Administração,

²⁶⁴ MARRARA, Thiago, O conteúdo do princípio da moralidade, *in*: MARRARA, Thiago (Org.), *Princípios de direito administrativo*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 177. — Em outras palavras: não se nega acudir o particular por falta de vantagem ao público, superado que está o princípio absolutista de que o soberano “não concede tanto que não retenha sempre mais” (“*Et [il Prince] n’en donne jamais tant, qu’il n’en retienne toujours davantage*”: BODIN, Jean, *Les six livres de la République*, Paris: Librairie générale française, 1583, p. 111.).

²⁶⁵ Eficiência ótima ou “Pareto eficiente” ou “alocativamente eficiente”, é, justamente, aquela que chega ao ponto em que todas as partes conseguiram o seu melhor proveito sem precisar prejudicar o proveito de outra: COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Law & Economics*, 5. ed. Boston: Pearson, 2007, p. 17.

²⁶⁶ MARQUES NETO, *Bens públicos*, p. 290: “há que se distinguir a indisponibilidade da função para o exercício da qual o bem serve como suporte da disponibilidade condicionada do próprio bem”. — Em sentido próximo, afirmando que “não se trata, propriamente, de uma questão de indisponibilidade, mas de compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse. O agente público quando, em desvio de finalidade (...) não está propriamente ‘dispondo’ daquele, mas violando a norma pelo qual o interesse público deveria prevalecer”: SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 293.

²⁶⁷ “Jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com eficiência”: MOREIRA NETO, *Novas tendências da democracia*, p. 16.

²⁶⁸ “Tal distinção do interesse público surgida na metade do século XX, além de confusa e imprecisa (há inúmeras versões para o significado de um e outro), mostra-se incompatível aos novos tempos do Estado e do Direito Administrativo, pois, sem dúvida, inexistente um interesse público do Estado ou da Administração em contraponto aos direitos dos cidadãos, os quais representam o verdadeiro interesse público. E se o interesse público hoje se extrai da ponderação de vários interesses presentes numa situação, *se extrai de práticas de mediação e de acordo*, torna-se inviável cogitar-se da citada separação”: MEDAUAR, Odete, *O direito administrativo em evolução*, 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 383–384. Itálico acrescentado.

que, no Brasil, quase tem se confundido com o *desvio de finalidade*, que nada tem de interesse público: é ato ilícito, simplesmente. Na origem, tal distinção trata, na verdade, de expediente de ponderação entre interesses instrumentais e finais, cuja aparente simplicidade é perigosa, pois não se chega a fins sem meios, e a Administração Pública é, por definição, um emaranhado de estruturas-meio. A instrumentalidade de certos interesses (*e.g.* orçamento da saúde pública) não permite desprezá-los, sob pena de que prejudicar os fins almejados (*e.g.* tutela da saúde). Especialmente no Estado contemporâneo, que precisa atuar no mercado econômico para cumprir sua missão, esse conceito pode atrapalhar mais que ajudar.²⁶⁹ Não é preciso se alongar, de todo modo, para afirmar que a noção de interesse público é indeterminada e, assim, dificilmente manejável como parâmetro de tomada de decisão. O importa notar é que a definição do que é “adequado” para o “interesse público” é uma cadeia em que *escolhas*, de forma (*quem* decide, por *qual* método) e de mérito, que se sucedem e se condicionam.

A **legalidade** é resultado dessa cadeia norteadora do interesse público: um sistema em que *decisões prévias* que se tornam *critérios* das decisões seguintes, em um encadeamento que forma o tecido legal. Trata-se de conjunto de normas — explícitas e implícitas, parlamentares ou não, razão pela qual alguns falam em legalidade em sentido amplo ou *juridicidade*, que não se confunde com *tipicidade legal* (hipóteses em que se predeterminam opções legais específicas), nem com *reserva legal* (espaços de decisão exclusiva do Legislativo)²⁷⁰ — que constituem o ordenamento, que, enquanto sistema, é uno (noção de **unidade do Direito**), estruturado a partir de um só Estado constitucional (**unidade do Estado**). Daí se extrai, em segundo lugar, que: (a) o *princípio da legalidade* denota, na verdade, mero imperativo de coerência lógica entre criador (Direito) e criatura (Estado), motivo pelo qual a

²⁶⁹ Cf. crítica já aprofundada em: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2017), p. 146–148. — Na Itália, essa classificação é mais frequentemente encontrada no contexto das lições sobre os interesses a serem ponderados no exercício do poder *discricionário* do administrador público, cf. GIANNINI, Massimo Severo, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano: Giuffrè, 1939, p. 72. — No Brasil, a separação entre interesses “da sociedade” e “do Estado” guarda resquícios do divórcio entre colonos e colônia: MARQUES NETO, Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação, p. 421. — Tal distinção ente interesses “do público” e os “patrimoniais do Estado” também é referido na jurisprudência dos EUA, cf.: FISS, Owen; RESNIK, Judith; COVER, Robert, *Procedure*, New York: The Foundation Press, 1988, p. 541 (referindo-se ao caso *United States vs. Neil Solomon*). Lembre-se, ademais, que o famoso caso *Marbury vs. Madison* trata, precisamente, de hipótese de desvio de finalidade na nomeação de cargo público, sendo referido por alguns como pedra fundadora do “direito administrativo” nos EUA: MASHAW, Jerry, *The American Model of Federal Administrative Law: Remembering the First 100 Years*, *The George Washington Law Review*, v. 78, p. 975–992, 2010.

²⁷⁰ Cf. RODRIGUES, Marco Antonio, *Constituição e Administração Pública: definindo novos contornos à legalidade administrativa e ao poder regulamentar*, Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 71–74.

legalidade se impõe como critério obrigatório de decisão para os mandatários públicos;²⁷¹ (b) todo o Direito, não só o “direito público”, vincula o Estado, de modo que o “conceito útil” de direito administrativo é o de *direito comum do Estado*, formado por quaisquer normas e regimes que lhe seja pertinente;²⁷² (c) os fragmentos federativos e de competência do Estado estão vinculados a **objetivos constitucionais comuns**²⁷³ — a começar pelos listados no art. 3º da CF — de sorte que, ao regular o processo fazendário, ao firmar acordos administrativos e condenar um ente público, legislador, administrador e juiz estão aplicando um só Direito e dirigindo um só veículo: o Estado brasileiro.²⁷⁴ Por isso, também “os juízes têm o ônus do regulador”.²⁷⁵

Nesse contexto, é importante entender o **papel do Direito na adequação** da solução. Todo ramo da dogmática jurídica visa à solução de “problemas de decidibilidade de conflitos sociais” por meio de análises que permitam “determinar suas *condições de adequação*: as possibilidades de decisões para um possível conflito”.²⁷⁶ Aí está a utilidade de divisões de competência, requisitos de validade de atos jurídicos, condições da ação, entre outras categorias que condicionam a *adequação* da solução sob ponto de vista do Direito. No entanto, embora a legalidade funcione como lastro de objetividade do interesse público, há dilemas que o sistema jurídico, por si, não é capaz resolver. Por isso, é preciso ter cuidado para que a abertura do jurista à multidisciplinariedade, necessária para compreender conflitos, não se confunda com avocação, pelo Direito, de problemas que ele não pode resolver (ou, pior, que pode agravar). Nesse sentido, **a presença do Estado no conflito não necessariamente significa que o Direito ditará a**

²⁷¹ “O Direito, na realidade, é criado por indivíduos humanos, e indivíduos que criam Direito podem, indubitavelmente, estar sujeitos ao Direito. Mais ainda, eles são órgãos do Estado (...) o Estado não pode — falando-se de modo figurado — ‘querer’ ambos, o delito e a sanção”: KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 287. Por isso, o autor entende que a “auto-obrigação do Estado” é um pseudoproblema do dualismo Estado/Direito

²⁷² SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, p. 129. No trecho, o autor faz “crítica à doutrina antiliberal e estatista de direito administrativo”.

²⁷³ Até porque “o *poder* exercido pela Administração através dele [o processo] é o mesmo poder que os juízes exercem *sub specie jurisdictionis*”: DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 83.

²⁷⁴ Diferentemente dos particulares, os objetivos impostos pela Constituição são a própria razão-de-ser do Estado, são a “meta obrigatória” de seus agentes. Particulares podem até apoiá-los ou deles se beneficiar (são, aliás, condôminos na titularidade do seu poder de criação), mas não têm a mesma obrigação de persegui-la. Isso é relevante, pois tais “metas” constitucionais são fundamento jurídico para soluções públicas. Assim, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “reduzir as desigualdades” e “promover o bem de todos, sem preconceitos” (art. 3º, CF), não são (e não podem ser) objetivos desconexos a outros, como desafogar o Judiciário, dar celeridade à solução de conflitos, diminuir custos, otimizar o serviço público, desjudicializar conflitos, entre outros.

²⁷⁵ SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, p. 228.

²⁷⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 91. O autor coloca os conceitos jurídicos, assim, como uma “tecnologia”.

solução. Obviamente, a solução há de ser *lícita*, o que não quer dizer que do Direito seja sempre possível deduzir “a” (única ou mais) “correta” solução.

Isso é especialmente visível quando se incorporam valores não exclusivamente jurídicos, como **eficiência**, que pressupõe noções como custo/benefício. Para se falar em “eficiência”, “economicidade” e “efetividade” é preciso ter objetivos definidos, o que dificilmente ocorrerá se os parâmetros se limitarem à abstração do “interesse público”. Levado a sério, tal princípio exige pesquisas, audiências, estudos, experiências, capacitação técnica — e, portanto, a *decisão* de se aplicar o tempo e o dinheiro necessários para tanto — que poderão avançar na “objetivação do interesse público”. Decisões baseadas exclusivamente em valores abstratos, sem análises concretas de seus impactos, podem ser até mesmo contraproducentes — conforme se verá, por exemplo, nas políticas de solução de conflitos tributários (Capítulo 4) — além de serem, atualmente, antijurídicos diante do art. 20 da LINDB.

Nota-se, assim, em terceiro lugar, que mesmo conceitos que visaram mais objetividade na definição dos interesses públicos, como a eficiência, têm limitações. Neste caso, a análise de compatibilidade jurídico-formal não basta, tornando-se indispensável recorrer a conhecimentos externos ao sistema jurídico.²⁷⁷ Em alguns casos, disciplinas como o Direito e Economia podem ajudar a robustecer a racionalidade decisória. Em outros, o *déficit* de adequação, para solução do conflito, pode estar em fatores extrajurídicos (*e.g.* carência de levantamento e processamento de dados), casos em que é preciso reconhecer as limitações do Direito, alocando-se investimentos nos fatores que efetivamente ajudem a objetivar o interesse público. Não se pode ignorar, no entanto, que os outros sistemas podem ser tão incompletos quanto o jurídico, de modo que tampouco se pode adotar uma postura de simples delegação da decisão para instâncias “técnicas” (ou melhor, de técnicas extrajurídicas — igualmente sujeitas à racionalidade limitada); nestes casos, caberá ao Direito lançar mão de suas próprias tecnologias decisórias *apesar* da falta de objetividade, como ocorre, tipicamente, nos casos de discricionariedade administrativa.²⁷⁸

²⁷⁷ O qual, lembre-se, é autopoietico, mas cognitivamente aberto: LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*, Barcelona: Anthropos, 1998, p. 137.

²⁷⁸ “A administração nunca pode, aliás, obter informações ‘completas’; ela tem sempre que decidir sob a condição duma incerteza parcial, não pela não-existências de informações suficientes, mas sim porque os esforços para o seu emprego, ou quanto ao esclarecimento da questão da sua existência, seriam demasiado dispendiosos. (...) Os limites do uso razoável de informações só poderiam ser averiguados através do cálculo administrativo interno”: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 172.

Por fim, em quarto lugar, tão ou mais complexa é a questão da impessoalidade e da isonomia. Seus sentidos e debates são muitos, descabendo aqui neles se aprofundar; cabem, porém, algumas pontuações. De um lado, *impessoalidade* denota *gestão impessoal*, decorrente do fato de que são distintas a subjetividade da pessoa jurídica e a dos seus representantes. Caso estes se apropriem daquela para atingir interesses outros que a *vontade institucional, objetivada pelo Direito*, da pessoa jurídica representada, haverá ato ilícito, puro e simples abuso de direito por desvio de finalidade.²⁷⁹ Mais interessante para os fins aqui propostos, porém, é perceber que a impessoalidade só é possível graças a processos cujos desenhos a garantem, os quais, à parte dos citados casos de abuso, inevitavelmente têm limitações, de sorte que, na prática, é preciso trabalhar com a **impessoalidade possível** — por mais impessoal que seja o tomador da decisão, ele só consegue tomá-la dentro dos limites das informações e recursos que dispõe.

Isso remete, de outro lado, à noção de **isonomia**, que denota o valor da igualdade sem prejuízo da necessidade de discernir desigualdades, traduzindo-se tanto em termos formais (*e.g.* universalidade do alcance da lei, paridade de armas e equidistância procedimental) e material, a qual trata das citadas questões de segunda ordem implicadas em quaisquer conflitos: a **distributividade**.²⁸⁰ Em abstrato, não há dúvida que, no direito brasileiro, essa alocação deve ser solidária e ter por objetivo reduzir as desigualdades sociais (CF, art. 3º, I e III). Em concreto, a implementação da isonomia, como é próprio dos princípios, pode se chocar com outros valores em dilemas difíceis de resolver, como a aparecimento de *caronas sociais*,²⁸¹ entre outros — *e.g.* seria possível garantir idêntica educação para todos com teletransmissão da aula de um só professor, porém, com impactos socioeconômicos do desemprego dos demais professores. Escolhas se imporão, de modo que não se pode ignorar que, aqui também, se está em um ambiente de decisões racionalmente limitadas.

Diante disso, tem-se que, *na medida em que permita comparação*, a isonomia impõe igual tratamento; pressupõe-se, porém, *informação comparável*, que, por sua vez,

²⁷⁹ Em sentido próximo, extraindo impessoalidade como decorrência da legalidade-formal: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias, Princípio da impessoalidade, *in*: MARRARA, Thiago (Org.), *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 112.

²⁸⁰ Cf 1.1; CALABRESI; BOBBITT, *Tragic Choices*, p. 176.

²⁸¹ Nesse sentido, relacionando o conceito de “interesse público” ao de “bem comum”, cuja escassez é motivo para aparecimento de conflitos que, por sua vez, demandam “regras de solução” que evitem o efeito carona, individual ou de grupo, e exemplificando que “o *carona coletivo* pode ser uma classe social que se apropria da produção de parte considerável do PIB nacional”: LOPES, José Reinaldo de Lima, A definição do interesse público, *in*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.), *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo: RT, 2003, p. 97.

pressupõe decisões anteriores sobre os custos de obtê-la (*cost of costing*). Ou seja, é preciso decidir até que ponto se arcará com esse ônus para refinar o tratamento isonômico — *e.g.* decisão sobre suspender ou não casos idênticos para obter resultado homogêneo —, e a partir de quando se reconhecerá o que a realidade não deixa negar: o fato de que há um ponto em que riscos de tratamentos divergentes são assumidos — *e.g.* julgamento por ordem de chegada, assumindo que uns recebam tutela antes que outros.²⁸² Nesse sentido, pode-se dizer também que a **operacionalização da isonomia tem limites (e custos) que pressupõem escolhas quanto aos seus riscos de imperfeita distributividade.**²⁸³

Curiosamente, essa questão se tornou mais premente a partir da abertura da Administração Pública para soluções consensuais, colocando-se o debate sobre o risco de que acordos administrativos gerassem quebras de isonomia. Não se trata, porém, de situação inédita. O próprio Legislativo corre o risco de causar disparidades injustas; o grau em geral mais abstrato de suas decisões, facilita, porém, o controle. A concretude das quebras de isonomia causadas por decisões divergentes do Judiciário, por outro lado, não é muito diversa da que o legislador, incentivado pela doutrina, tem respondido com reformas legislativas.²⁸⁴ Fato é, porém, que o risco de criar situações desiguais existe em todas as esferas estatais, a exemplo do que ocorre em qualquer grande corporação.

Do ponto de vista *objetivo-substancial*, tal questão depende, basicamente, da criação de regras (a) cujo *discrímen* seja considerado razoável e (b) cujos **riscos de tratamento desigual sejam toleráveis**. Não há meias-verdades aqui: não se deixa de prender alguém por causa do risco de que sua pena seja alguns dias desigual em relação à de outro que cometeu o mesmo crime; basta que a lei preveja as mesmas balizas para tipos penais iguais, confiando-se ao juiz o exame dos detalhes dos casos concretos. A propósito, a transação penal, já adotada no Brasil, foi reputada pela Suprema Corte dos EUA como “componente essencial da

²⁸² Aprofundando o debate sobre os riscos de isonomia decorrentes de tratamentos desiguais em relação a direitos individuais homogêneos na Administração Pública: BECKER, Flavia Gil Nisembaum, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: um estudo à luz do princípio da igualdade*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

²⁸³ Trata-se de implicação decorrente dos limites de precisão inerentes a qualquer procedimento. “De modo geral, aumentar a precisão (*accuracy*) é socialmente custoso, porque requer padrões de qualidade do processo legal mais altos e profundos. Portanto, o nível de precisão que maximiza o valor do bem estar social refletirá o compromisso entre o valor de aumentar a precisão e o custo de alcançá-la”: SHAVELL, *Foundations of economic analysis of law*, p. 451.

²⁸⁴ Conforme se extrai da predominância do tema da divergência jurisprudencial em: BRASIL, *Exposição de Motivos (Anteprojeto do NCPC)*.

administração da Justiça” (*Santobello v. New York*, 1971).²⁸⁵ Não há por que ser diferente em relação a casos administrativos.

Em qualquer instância, o debate se travará, em resumo, em torno da qualidade do *discrímen* e da aceitação das desigualdades. Objetivamente, a questão é de **igualdade/legalidade material**, não de igualdade/legalidade formal.²⁸⁶ Manter a discussão no plano da isonomia material, no entanto, não é nem ideal, nem real, pois, além de difícil tradução prática, pressupõe uma verdade a ser unilateralmente revelada por uma entidade oracular que não existe, vedando o diálogo entre cidadão e agentes públicos (os quais, esses sim, existem). É nesse aspecto, aliás, que Richard Fallon identifica uma “postura estratégica” da Suprema Corte dos EUA, ao fazer o “teste de racionalidade” de decisões públicas, dando um “aspecto gerencial” ao devido processo legal, de modo a não focar em pretensa análise da igualdade material, mas, antes, em verificar “se as estruturas de tomada de decisão são adequadas para atingir, na média, um nível socialmente tolerável de precisão na aplicação do Direito ao fato”; o autor conclui que “para o bem e para o mal, essa jurisprudência reflete uma premissa implícita de que justiça individual deve ser muitas vezes sacrificada por necessidades práticas do Estado administrativo moderno” e que, se tal entendimento merece críticas, também merece um “reconhecimento franco”.²⁸⁷

Na prática, de todo modo, o que sobressai quando a Administração se abre para a consensualidade não é o debate sobre a igualdade/legalidade material (que, em tese, deveria ser a mesma, em qualquer instância), mas sobretudo o da **igualdade/legalidade formal**. De fato, a questão sobre alocar a decisão do *discrímen* no Legislativo, no Executivo, ou no Judiciário não diz respeito à justiça da discriminação em si, mas à capacidade institucional (isto é, aptidão

²⁸⁵ Registre-se que, em fevereiro de 2020, ao conversar com professores da Universidade de Yale sobre o tema, a reação, em geral, foi no sentido de reconhecer a existência de margens de disparidade, encarando-as, porém, como um fator natural imposto pela realidade prática. Em sentido próximo, em maio de 2019, ao conversar com alunos da pós-graduação da Faculdade de Direito, em visita à Universidade de São Paulo, a Professora Rebecca Sandefur anotou que, nos EUA, havia reconhecimento dessa circunstância, mas que “por algum motivo os brasileiros parecem mais preocupados com isso”; entre as especulações colocadas na ocasião, foram levantadas como hipóteses de explicação o fato de que o judiciário brasileiro é mais digitalizado e o acesso à informação é maior, tornando as disparidades talvez mais perceptíveis (notas pessoais mimeografadas). Guardas as proporções, não se nega que, com humor, vem à mente a célebre frase de Alexis de Tocqueville (em *Democracy in America*) de que “nenhum país civilizado no mundo dá menos atenção à filosofia do que nos Estados Unidos”.

²⁸⁶ Identificando a igualdade material/formal com a legalidade material/formal: MENEZES DE ALMEIDA, Princípio da impessoalidade.

²⁸⁷ FALLON, Richard H., Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies, *Columbia Law Review*, v. 93, n. 2, p. 309–373, 1993, p. 372, 311 e 373, respectivamente. Os itálicos foram acrescentados. No último trecho, o autor acrescenta, ainda, que essa “crescente orientação gerencial merece tanto franco reconhecimento como crítico escrutínio”.

dos agentes envolvidos em analisar da melhor forma) e à adequação processual (isto é, aptidão dos procedimentos em instruir suficientemente a decisão e até uniformizá-la). Tradicionalmente, tem-se confiado o tema à representatividade parlamentar (apesar do procedimento pouco instrutório e de difícil revisão) e à homogeneização jurisprudencial (apesar do déficit de representatividade política e de vocações extrajurídicas). A Administração Pública, porém, pode qualificar-se para suprir deficiências dessas outras vias, tanto institucionais (não só com representatividade política, mas também com profissionalização técnica) como instrumentais (por meio de processos administrativos cuja flexibilidade admitem homogeneização e diálogo), de modo que se trata de fértil campo a ser explorado. Evidentemente, uma esfera não exclui a outra e o convívio entre elas é o que permite superar os dilemas que a igualdade/legalidade material impõe: balizas parlamentares com controle jurisdicional é a solução *possível* para a consensualidade administrativa e a isonomia possível.

Os temas expostos merecem estudos à parte. Para os fins desta tese, importa compreender que os princípios constitucionais que norteiam as tomadas de decisões públicas têm limitações abstratas e concretas. No plano teórico, já há profundo tratamento em torno da indeterminação de princípios e dos desdobramentos da interpretação constitucional. No plano prático, embora isso não seja desconhecido, o debate precisa ser amadurecido com a humildade intelectual de quem reconhece a imperfeição humana em materializar ideais — e, assim, não repute nulo tudo o que não reflita o ideal, como tentou evitar o citado art. 22 da LINDB (cf. 2.1.2) — e com o esforço — que, espera-se, tenha se mostrado na Parte II desta tese — de quem, sabendo disso, não se comporta como se achasse que “princípio é preguiça”.²⁸⁸

2.2.1.b. *Espaços de decisão: zonas de (in)certezas e zonas de (des)acordo*

O cenário acima exposto recoloca um elemento natural do Direito e do sistema de conflitos sociais: a incerteza, à qual não está imune o direito administrativo. Erros nessa compreensão podem ser deletérios na solução de divergências relacionadas à Administração Pública, provocando desde **imobilismo**, por indevido *formalismo* (e.g. “não há solução porque

²⁸⁸ A provocação “princípio é preguiça?” é de: SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, p. 205.

a lei não a prevê”), até **arbitrariedade**, por descabido *informalismo* (e.g. “tudo é possível em nome do interesse público”). É possível, porém, trabalhar com margens de segurança.

Para tanto, é útil a conhecida distinção de **zonas de certeza**. Há casos em que a legalidade permite destacar, objetivamente, espaços de certeza *positiva* (e.g. precatórios podem ser objeto de acordo, nas hipóteses do art. 100, §1º, da CF e do art. 102, §1º do ADCT) e de certeza *negativa* (e.g. nessas hipóteses, não se pode negociar redução maior que 40% do valor atualizado), mas, ainda assim, pode restar **zonas de incerteza** (e.g. quais critérios se aplicam para aferir a gradação do desconto entre 0% e 40%?). Os princípios constitucionais podem ajudar a reduzir tais espaços de incerteza e a se orientar dentro deles — o que, como já dito, depende não só de sopesamentos abstratos, mas de atividade concreta de levantamento de dados, de comparações, de análises, de modo que **o grau de certeza tem um custo a ser escolhido**. Trata-se, portanto, de mais um anel de decisão prévia a se observar na cadeia que constitui o sistema de solução de conflitos.

Essa compreensão é indispensável na abertura da Administração para o sistema multiportas de solução de controvérsias. Não se pode mais trabalhar com a **antiga percepção de que alguém sempre está errado**, de modo que não haveria o que conciliar. Segundo essa concepção, ou bem o administrador está unilateralmente certo, logo seu ato é irretocável; ou bem está errado, cabendo-lhe exercer a autotutela, na ausência da qual caberá à heterotutela judicial anular o ato administrativo para restabelecer o império da lei. Essa lógica binária, porém, ficou obsoleta conforme a atividade administrativa se ampliou em passos maiores que a capacidade das instituições públicas em objetivar critérios de decisão, tornando maiores, assim, os espaços de incertezas. Evidentemente, deve-se cuidar para que tais zonas cinzentas não sejam fabricadas pelo dolo ou pela negligência na busca de subsídios objetivos. Todavia, conforme será adiante confirmado, a própria escolha entre os métodos diferentes de solução de conflitos é um exemplo de que há casos em que é inviável a objetivação dos critérios de discernimento entre o (mais) “certo” e o (mais) “errado” a se fazer.

Esgotada a objetividade possível, porém, não há saída à zona da subjetividade, isto é, aos juízos de valor que não se resumem à aplicação do direito positivo, mas envolvem exercícios interpretativos ou mesmo de escolhas simplesmente subjetivas. Trata-se, na tradução administrativa, do exercício da discricionariedade, isto é, do poder de decisão sobre aspectos de conveniência e oportunidade, que não se reduzem a escolhas do tipo certo/errado, justamente porque se encontram em um universo de múltiplas possibilidades, todas igualmente válidas do

ponto de vista jurídico — ou, acrescente-se, igualmente **válidas diante das informações que não se sabem** e das demais limitações racionais. Por isso, costumam ser atribuídas às autoridades eleitas do Legislativo, que (no plano federal) poderão escolher livremente dentro do que permitir a Constituição, ou residualmente, do Executivo, que escolherão dentro das regras legisladas. A princípio, o Judiciário não tem essa atribuição, tanto por ser uma instância não eleita como porque seu desenho institucional não é projetado para esse tipo de análise. Nota-se que, senão pelo regresso à questão da competência, seria difícil tomar qualquer decisão. Curiosamente, a mais importante das objetividades jurídicas é aquela que define os espaços de subjetividade.

Diante do exposto, a inferência mais importante é a de que, na abertura da Administração ao sistema multiportas de solução de conflitos, **não é necessário recorrer à ideia de “mitigação” da legalidade ou da indisponibilidade** do interesse público.²⁸⁹ Não há, nem poderia haver, diminuição do respeito ao ordenamento jurídico ou ao vínculo finalístico aos objetivos constitucionais. As zonas de certeza, porém, nem sempre são claras ou exaurientes. Em matéria de interesse público, não raro, além da vagueza dos conceitos jurídicos indeterminados e da variedade de interpretações admissíveis no contexto de pluralismos ideológico e social, têm-se, ainda, incertezas sobre desdobramentos concretos que devem ser considerados, não por suposto apego **consequencialista**, mas porque a própria norma os coloca como objetivo (*e.g.* a medida efetivamente está alinhada ao art. 3º da CF que determina a missão de constituir uma sociedade justa e garantir o desenvolvimento nacional?). Agregando-se isso à compreensão da racionalidade limitada, tem-se que, nessas circunstâncias, o *dever jurídico* da Administração é fazer o melhor possível para atingir o interesse público *apesar da incerteza*, e esse “melhor possível” advirá justamente dos *processos* que, por convenção, a sociedade aceita que levará a resultados próximos aos desejáveis. Assim, sem prejuízo da vocação normativa do estudo jurídico, é preciso que o estudioso não deixe de olhar para a efetividade concreta de suas

²⁸⁹ No mesmo sentido, citando Alexandre Santos de Aragão e afirmando que “o princípio da eficiência não visa a ‘mitigar’ o princípio da legalidade”, mas a ‘embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata’ ”: SOUZA, Em busca de uma administração pública de resultados, p. 57.

premissas — o que se tenta explorar na Parte II deste trabalho —, evitando conceber proposições baseadas em presunções que não se provem verídicas na prática.²⁹⁰

Evidentemente, não se se defende que a Administração ceda, inerte, ao azar da racionalidade limitada, valendo-se do subjetivismo como regra. O esforço de reduzir as margens de incerteza é um dever (bastante custoso, aliás). Tampouco se imagina que essa empreitada seja instantânea ou simples. Da Constituição ao ato administrativo, passando pelas leis, regulamentos, estudos técnico-administrativos, entre outros instrumentos, há uma cadeia de balizas e investigações que delimitarão as margens decisórias, dentro das quais — simplificando o argumento, sem deixar de reconhecer que a realidade pode ser mais complexa — será necessário analisar, quando exauridas as certezas, aspectos de **conveniência e oportunidade**, tema este que extrapola os escopos desta tese,²⁹¹ mas que merece um breve comentário no contexto da solução de conflitos, tendo em vista (a) que a própria “adequação” do desenho processual em si é uma análise de conveniência e oportunidade (cf. Capítulo 3) e (b) que a solução da controvérsia frequentemente dependerá de aspectos que ultrapassam os limites da interpretação técnica.

Neste último aspecto, vale buscar compreender, no caso concreto, onde efetivamente estão as **zonas de acordo e desacordo**. Como visto (cf. 1.1.3), não raramente, a zona de desacordo é de *extensão* menor do que as partes imaginam, de sorte que técnicas que as auxiliam a estabelecer uma comunicação eficiente e a melhor compreender a divergência poderão fazê-las descobrir que, em parte, estão diante de um *conflito falso*, um não-problema — esclarecimento esse factível e desejável no âmbito administrativo, inclusive. Mesmo em relação ao conflito real, porém, há variações quanto à *profundidade* da divergência, o que pode se tornar perceptível com auxílio de técnicas que ajudam a tirar luz das *posições* e focar nos verdadeiros

²⁹⁰ O que deve ser ponderado junto ao fato de que “os sistemas legais (...) são fundamentalmente caracterizados por eventos, fatos e informações incertos”, conforme observado por Richard Posner, citado por: YEUNG, Luciana, Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e “efeitos bumerangues”, in: YEUNG, Luciana (Org.), *Análise Econômica do Direito: temas contemporâneos*, São Paulo: Actual, 2020, p. 325.. No trecho, a autora aponta que o estudo do comportamento dos juízes ao decidir (*judicial behavior*) se insere em um debate que contrapõe “legalistas”, que argumentam que a atividade judicial é eminentemente de interpretação do texto legal, e “realistas”, que argumentam a existência de vieses no comportamento judicial explicadas por teorias que focam em certos elementos de influência da decisão como a atitudinal (preferência políticas), estratégica (opiniões e pressões), sociológica (conduta na decisão colegiada), psicológica (preconceitos), econômica (visadora de maximização de utilidade), organizacional (problema de agência), pragmática (consequencialista) e fenomenológica (autoconsciência).

²⁹¹ Para aprofundamento, por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da administração pública e a judicialização das políticas públicas, in: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Arudo (Orgs.), *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*, São Paulo: Almedina, 2016, p. 167–207.

interesses das partes. O tema remete à questão sobre a **(im)possibilidade de barganha na negociação pública**: caberia à Administração testar os limites do cidadão e fechar acordos com passe na sua aptidão de negociar? Tal questão ainda merece amadurecimento em trabalhos futuros, endereçando preocupações com relação a possíveis quebra de isonomia inclusive. Por ora, note-se que, a despeito de questões como essas, fato é que técnicas negociais, além de valiosas ferramentas para se obter comunicação eficiente entre as partes, ensinam também exercícios fundamentais para a compreensão da controvérsia pelas próprias partes, que devem ter clareza sobre sua Melhor Alternativa Sem Acordo (MASA) ou Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado (MAPAN; em inglês: *Best Alternative To a Negotiated Agreement* - **BATNA**), obrigando-a a mapear cenários e elencar prioridades, sua Zona de Possível Acordo (**ZOPA**), obrigando-a a estudar suas certezas e incertezas, e seus Pontos de Recuo, obrigando-a a identificar seus limites (*bottom line*), que são análises que qualificam a tomada de decisão, indo ao encontro ao que se espera de uma gestão pública profissionalizada. A delimitação dessas zonas tem muito a ganhar com técnicas como a citada Análise de Impacto Regulatório (**AIR**), de modo a fomentar a criação de regras que, em nível abstrato, joguem luz no caminho a ser seguido pelo administrador público que, diante do caso concreto, terá mais segurança para se guiar em meio à neblina do interesse público.

Por fim, anote-se que as técnicas negociais estimulam, ainda, que, compreendidos esses contornos, as partes exercitem **diálogo em torno de critérios objetivos** (e.g. valores de mercado, custos, eficiência, precedentes, jurisprudência, evidências científicas, padronizações profissionais, padrões morais, tratamento igualitário, tradição, reciprocidade).²⁹² Ao contrário de depor contra o uso da negociação no ambiente público, indica seu potencial para aumentar a transparência, evitar subjetivismos obscuros e qualificar de modo metódico a difícil tarefa de identificar o interesse público.

2.2.2. Dimensão subjetiva-institucional (tomadores de decisão)

2.2.2.a. Quem está envolvido na construção da solução e por que isso importa? Pessoas, instituições e (des)confianças

²⁹² FISHER; URY, *Getting to Yes*, p. 45; MARASCHIN, Marcia Uggri et al, *Manual de Negociação baseado na teoria de Harvard*, Brasil: Escola da Advocacia Geral da União, 2017, p. 59.

A insistência, nas linhas anteriores, na delimitação dos contornos objetivos dos critérios de decisão tem suas razões. Como visto, mesmo que, hipoteticamente, fosse possível que o direito objetivo esgotasse as regras para solução de quaisquer conflitos, ainda assim restaria decidir a quem cabe positivá-lo. Conforme conhecida questão da filosofia do Direito, na dinâmica da regulação das diferenças entre indivíduos, o que legitima a decisão é o procedimento,²⁹³ e, neste, coloca-se a questão prévia sobre *quem* decide, a qual tem direta influência no resultado sobre *o que* se decide.²⁹⁴ “Os profissionais sempre adotam o pressuposto retórico de que as respostas, para todos os casos, já estão escritas no Direito. Mas a verdade é que elas vêm das decisões das autoridades (judiciais ou administrativas), que precisam ser convencidas”.²⁹⁵ A pergunta a ser colocada, então, não é “como um intérprete perfeito deveria julgar um caso”, mas “como uma pessoa imperfeita poderia proceder em relação ao caso, considerando suas limitações e circunstâncias institucionais”.²⁹⁶

Nesse sentido, não basta olhar para o panorama teórico dos atores envolvidos na solução de conflitos (cf. 1.1.2. e 3.2.2). Como instituições de decisão são constituídas por pessoas — ao menos por enquanto, mesmo as ferramentas de inteligência artificial têm lastro em decisões humanas —, é preciso olhar, ainda, em que medida as reações desses atores, nessas redes institucionais, podem impactar o sistema de solução de conflitos.

Nos processos “internos” de tomada de decisão, destaca-se a influência de ao menos dois fatores: (a) alçadas de competência; (b) capacidades institucionais.

A primeira (**alçadas de competência**), mais intuitiva, é decorrência direta das limitações jurídico-formais impostas ao poder decisório. Por isso, do ponto de vista da vontade institucional externada pela Administração, isso será tratado adiante (cf. 3.2.2). Por ora, registre-se que, internamente, como ocorre nas pessoas jurídicas, deve haver uma organização procedimental apta a construir a tal manifestação de vontade a ser externada pela instituição (*e.g.* deliberação colegiada). Frequentemente, essa organização envolve mecanismos de

²⁹³ Por todos: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*.

²⁹⁴ KOMESAR, *Imperfect alternatives*, p. 176.

²⁹⁵ SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, p. 49.

²⁹⁶ Cf. SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian, Interpretation and Institutions, *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885–951, 2003, p. 886 e 949. O autor afirma que praticamente todos os clássicos da hermenêutica jurídica (de Jeremy Bentham a Richard Posner) são incompletos e não sucedidos porque procedem como se a única questão fosse “como eu decidiria o caso, se fosse juiz”, pressupondo uma figura heroica de juizes, legisladores e intérpretes do Direito em geral, quando a correta pergunta deveria ser “como juiz falíveis deveriam proceder, à luz de suas falibilidades e de seu lugar num sistema complexo de ordens público e privadas”.

controle externo de quem está tomando as decisões *internas*, justamente porque a delimitação formal das competências não é bastante. Se, de um lado, é inegável a necessidade e a importância de acompanhamento, censura e revisão dos atos administrativos, por outro lado, não se pode ignorar os reflexos dessa atividade, sobretudo em meio ao discurso de que quanto mais controle e menos discricionariedade, melhor.²⁹⁷

Isso remete ao segundo fator, das **capacidades institucionais**. Trata-se dos desenhos processuais, das garantias e dos recursos pessoais e materiais disponibilizados ao tomador de decisão para que seja capaz de compreender a questão — o que implica a capacidade de obter informações (não só por processos jurídicos, que possibilitem ouvir e dialogar com outras pessoas, como também por processos tecnológicos, computacionais, periciais, etc., o que implica, como sempre, custos) e interpretá-las (pressupondo-se, portanto, qualificação técnica adequada, profissionalização) — e tomar decisão a seu respeito — o que pressupõe proteções para o exercício desviesado da função — endereçando-a do modo que melhor cumpre os objetivos públicos. Mas não é só. Outras nuances importantes estão relacionadas às capacidades institucionais.

Uma delas são os conflitos de interesse entre a própria instituição e seus membros. Pressupõe-se que é de interesse do representante (*agente*) alinhar-se ao interesse do representado (*principal*) de modo que, externamente, esse conjunto (*instituição*) se mova como mais um ator só. Quando há divergência nesses interesses, diz-se que há um **problema de agência** na relação entre agente/principal.²⁹⁸ Diversos são os motivos que podem levar a essa circunstância, como a falta de incentivos corporativos para que o agente seja produtivo, ou até incentivos vindos de fora da corporação (*e.g. captura* dos agentes regulados pelos membros do órgãos regulador). Decorrem daí questões impactantes na solução de conflitos, de modo que circunstâncias de *impedimentos e suspeições* não interferem apenas na atividade de juízes, árbitros e mediadores (CPC, art. 144; LARB, art. 14; LMED, art. 15). A capacidade institucional está relacionada, nesse sentido, na aptidão em evitar essas influências na decisão.

²⁹⁷ MARQUES NETO; PALMA, Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil, p. 21.

²⁹⁸ **Relação principal-agente** é aquela em que alguém (principal) atribui a tarefa de realizar algo em seu favor para outrem (agente), e é mais forte se houver a possibilidade de o principal demitir ou sancionar o agente: O'DONNELL, Guillermo, Horizontal Accountability: The Legal institutionalization of mistrust, *in*: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. (Orgs.), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford: Oxford University Press on Demand, 2003, p. 14.

Inserem-se nesse contexto pressões sofridas pelos tomadores de decisão. Algumas ilegítimas (*e.g.* coação, abuso moral do superior hierárquico), outras legítimas e institucionalizadas, como as exercidas por grupos de pressão (*e.g.* associações civis) que, no Brasil, têm os mecanismos de *formalizar* controvérsias como uma de suas principais ferramentas (*e.g.* ações populares, participação em audiências públicas). A capacidade institucional representa, nesse aspecto, a aptidão para que a corporação garanta que as pressões ilegítimas não ocorram e que as legítimas ocorram na devida medida.

Pressões políticas, advindas dos eleitores, grupos de pressão ou dos próprios líderes políticos eleitos, são um típico fator com que instituições têm que lidar. Igualmente, a pressão de uma instituição em outra é um fator relevante. Não só políticos podem pressionar os órgãos de controle, mas o inverso também ocorre. Ao institucionalizar procedimentos, esses atores conseguem amortecer seus impactos de contato. “Procedimentos administrativos podem ser vistos como um meio indireto por meio do qual políticos, em antecipação à intervenção judicial, usa os tribunais para manter o controle político. Os tribunais, claro, [também] usam procedimentos como um meio indireto de intervir nas prerrogativas dos outros poderes”.²⁹⁹

Pressões advindas dos órgãos externos de controle também se inserem nesse contexto. Com olhar focado nos agentes da Administração Pública, Rafael Valgas dos Santos apresenta um panorama sobre como isso pode impactar a tomada de decisão de gestores públicos, premidos por um contexto que chama de “Direito Administrativo do Medo”.³⁰⁰ O autor elenca um rol de “estratégias de fuga da responsabilização”, que passam por (a) estratégias de manipulação da opinião pública, para controle de narrativas — o que denota a influência da imprensa e das mídias em geral nas decisões administrativas —; (b) estratégias de atuação, em quaisquer níveis hierárquicos, por meio de sistemática delegação de responsabilidades (a quem sirva de “boi de piranha”), de “reorganização defensiva” (com constantes mudanças que dificultam individualizar responsabilidades), de coletivização de decisões (diluindo responsabilidades) e do “governo pelo mercado” (privatizações e subcontratações que transferem responsabilidades à iniciativa privada); (c) estratégias operacionais ou “de política pública”, por meio da “protocolização” (impessoalização por meio de formulários e procedimentos-padrão), gregarismo (prática de atos sempre em grupos), transferência de

²⁹⁹ MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R., Administrative procedures as instruments of political control, *Journal of Law, Economics & Organization*, v. 3, n. 2, p. 243–277, 1987, p. 272.

³⁰⁰ SANTOS, *Direito administrativo do medo*, p. 344–369.

responsabilidades (eleição de “bode expiatório”), imobilismo (“dorme tranquilo quem indefere”); (d) estratégias de relacionamento informal interadministrativo (criação de vínculos extraoficiais com órgãos de controle), (e) estratégias de blindagem patrimonial (preventivamente a ações de responsabilização) e, de especial interesse aqui, as chamadas (f) estratégias de **substituição decisória externa**, em que a autoridade originalmente competente induz que a tomada de decisão seja feita por outras, em especial do Judiciário e dos Tribunais de Contas, rendendo-se até mesmo a determinações não vinculantes como as do Ministério Público. Conforme reconhecido por Santos, embora haja reflexos negativos desse contexto, como o imobilismo decisório e o desvio da atenção do gestor — e, acrescente-se: a hostilidade que torna tal ambiente pouco atrativo para profissionais qualificados —, há também algumas inferências positivas, como um incentivo à delimitação de responsabilidades, à tecnicidade e à cautela no trato da coisa pública.³⁰¹

Não é difícil perceber como essas condutas causam inflexões no sistema de tomadas de decisão do setor público. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma enumeram sete impasses daí decorrentes: (i) deslocamento de competências administrativas para o órgão com maior prestígio, “não raro sem capacidade institucional para lidar com a gestão”; (ii) orientações pautadas por predileções e interpretações pessoais do funcionário controlador; (iii) priorização de demandas dos controladores, em vez das demandas dos cidadãos; (iv) planejamentos e julgamentos baseados em truísmos doutrinários, lugares-comuns sem evidências empíricas de que efetivamente combatam a corrupção e a malversação do erário; (v) desincentivo à ação criativa e incentivo à “gestão de defesa”; (vi) sobreposição e competição de instituições de controle; (vii) insegurança jurídica decorrente da instabilidade das decisões.³⁰² Das diversas implicações que decorrem desse cenário, algumas interessam especialmente ao presente estudo.

Casos de dolo à parte, como os de corrupção, improbidade e advocacia administrativa (Código Penal, arts. 317 e 321; Lei 8.429/1992, arts. 9º a 11), isso importa porque, como visto (cf. 2.2.2.a), mesmo de boa-fé, agentes podem se comportar de modo mais conservador (*risk averse*) por razões de defesa pessoal, o que refletirá nos processos de tomada de decisão da pessoa jurídica, não só os de natureza consensual (*e.g.* agente público que deixa

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² MARQUES NETO; PALMA, Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil.

de firmar acordo por medo de responsabilização), como os de natureza contenciosa (e.g. advogado público que recorre por força da cultura que valoriza o “advogado combativo”). A reforma da LINDB pela Lei 13.655/2018 tentou endereçar parte dessas questões, ao prever que o agente público só seria pessoalmente responsabilizado em caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28). Como bem nota Juarez Freitas, “curiosamente, em regra, servidores desonestos não costumam manifestar tais temores”.³⁰³ Note-se que esses “conflitos de interesses internos” (que não se confundem com o conflito de interesse da pessoa jurídica pública com a contraparte) têm gradações³⁰⁴ tais que determinadas situações, embora não constituam ilícitos, mas reações humanas naturais diante das circunstâncias institucionais em que são postas, não deixam de ser importantes, na medida em que se traduzem nas *posições* ostentadas no jogo da solução de conflitos. Alguns autores apontam que, ao contrário do que se cogita no setor privado, em que o aumento de incertezas diminuiria o apetite por riscos relacionados à litigância, no setor público, tais riscos favorecem a litigância.³⁰⁵

Outro aspecto que pode ter influência é a relação pessoal entre tomadores de decisão. A citada estratégia de relacionamento informal interinstituições, por exemplo, pode servir não apenas como mecanismos de defesa, mas também como mecanismo de influência. Nesse sentido, é reconhecido que servidores que trabalham no sistema judiciário, como os membros do Ministério Público e da Advocacia Pública, podem estabelecer, graças às suas posições de **litigantes habituais**, laços com os servidores do Poder Judiciário que lhes dão vantagens comparativas em relação aos *litigantes ocasionais*.³⁰⁶ Para compensação, revelam-se importantes medida de ordem ainda institucional, embora não estrutural, como a equiparação de *status* de outros interlocutores da Justiça, como os membros da Advocacia Privada.³⁰⁷

³⁰³ FREITAS, Direito administrativo não adversarial, p. 34.

³⁰⁴ Na arbitragem, isso é bem ilustrado pelas amplamente adotadas Diretrizes da *International Bar Association* sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, que separam situações de potencial conflito de interesses de árbitros, classificando-as em graus em que seriam inadmissíveis (“lista vermelha”), admissíveis mediante condições (“lista laranja”) e admissíveis em geral (“lista verde”). A propósito: CARMONA, Carlos Alberto, Breves considerações críticas acerca das diretrizes da international bar association sobre a representação de parte na arbitragem internacional, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 23, 2014.

³⁰⁵ GERHART, Paul F; DROTNING, John E, Do uncertain cost/benefit estimates prolong public-sector disputes, *Monthly Lab. Rev.*, v. 103, n. 9, p. 26–30, 1980, p. 26. LAMARI, Maria R., The Role of Alternative Dispute Resolution in Government Construction Contract Disputes, *Hofstra Law Review*, 23. ed. p. 205–224, 1994.

³⁰⁶ GALANTER, Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change, p. 99.

³⁰⁷ Em sentido próximo, tratando do processo administrativo como meio de ouvir o administrado, sem ambiente de medo e humilhação, e afirmando que “por isso, inclusive, inventou-se o advogado. Ele surgiu para eliminar

Nota-se que, a despeito das competências formalmente estabelecidas, a dinâmica entre os agentes faz com que determinadas decisões se desloquem entre instituições, a reboque de fatores que, a princípio, seriam estranhos à tomada de decisão. Ao considerar esse aspecto, é preciso cautela. Absorver essa preocupação no desenho do processo de decisão pode engessá-lo desnecessariamente. Essa questão aparece, por exemplo, no debate sobre os conflitos de interesses de árbitros, cuja regulamentação, na Lei de Arbitragem, é enxuta, deixando espaço para autorregulação dos atores interessados, públicos inclusive.³⁰⁸

Por outro lado, tais movimentações não podem ser ignoradas, sob pena de se trabalhar com modelos processuais teóricos desconectados da prática. Assim, por exemplo, a análise de adequação de programas de solução de conflitos que dependam da deferência às decisões da Administração (*e.g.* câmaras administrativas de conflitos de saúde pública – cf. 5.3.2) estará incompleta se não considerados os baixos índices de deferência que o Judiciário confere à Administração brasileira.³⁰⁹ De modo geral, programas que pressuponham aquelas decisões que costumam ser evitadas, delegadas ou até externamente substituídas não serão adequados se não considerados esses fatores.

Neste ponto, é relevante notar que a **confiança** depositada no tomador de decisão é uma questão importante no desenho de solução de conflitos administrativos, por diversos motivos. Primeiro, porque a falta de confiança é, naturalmente, um dos fatores que aumentam os riscos relacionados ao controle do administrador objeto da desconfiança, afinal, de início, tal

a hipossuficiência, para fazer com que os interessados digam tudo o que lhes interessa, para que não sejam servis. É por isso, aliás, que os advogados têm tanta preocupação em se equiparar aos juízes, inclusive no aspecto ritualístico. Eles querem evitar a subserviência, a relação de poder, mesmo simbólica”: SUNDFELD, Carlos Ari, *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 6, n. 23, p. 39–51, 2007, p. 46.

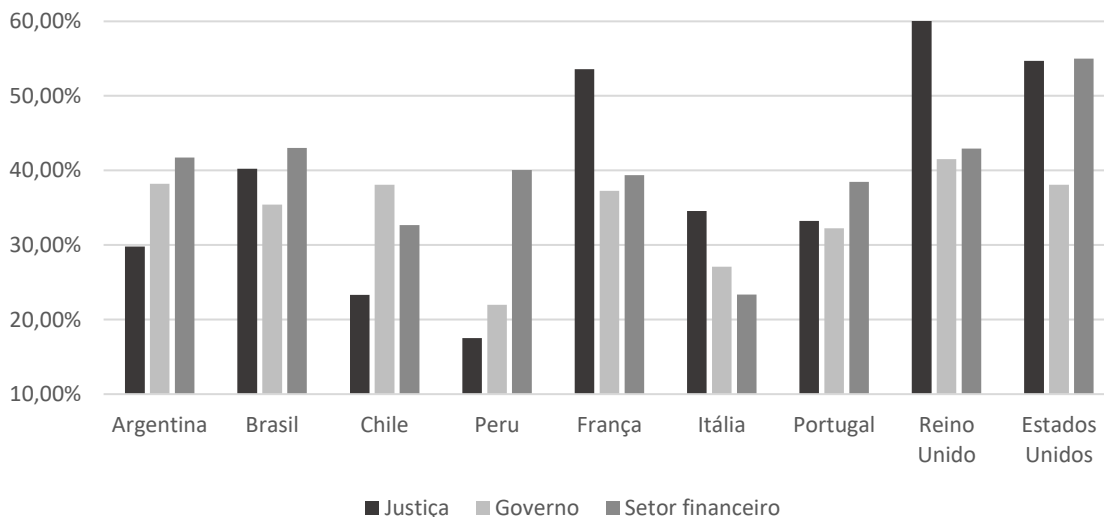
³⁰⁸ Vide, exemplificadamente, o Decreto 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro, que prevê que, “para aferição de sua independência e imparcialidade, além do dever de revelação previsto na Lei de Arbitragem, deverá o árbitro informar a existência de demanda patrocinada por ele ou seu escritório contra o Estado do Rio de Janeiro ou entidades da Administração Pública indireta, bem como a existência de demanda patrocinada por ele ou seu escritório na qual se discuta tema correlato àquele que será submetido ao respectivo procedimento arbitral” (art. 12). — Vide, ainda, Projeto de Lei 3.293/2021, iniciado na Câmara dos Deputados, que, tentando transferir para o quadro legal do procedimento arbitral preocupações que, na verdade, são de qualidade institucional, como a limitação na quantidade (não justificada) de dez arbitragens por árbitro, a pretexto de evitar a delonga do procedimento e conflitos de interesse: BRASIL, Câmara dos Deputados, *Projeto estabelece limite quantitativo para atuação de árbitros em câmaras arbitrais - Notícias*, Portal da Câmara dos Deputados, disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/918151-projeto-estabelece-limite-quantitativo-para-atuacao-de-arbitros-em-camaras-arbitrais/>>. acesso em: 24 dez. 2022.

³⁰⁹ Sobre a baixa deferência judicial às decisões administrativas em matéria de saúde, no Brasil: WANG, Daniel *et al*, Health technology assessment and judicial deference to priority-setting decisions in healthcare: Quasi-experimental analysis of right-to-health litigation in Brazil, *Social Science & Medicine*, v. 265, n. 113401, 2020.

agente sabe que se encontra em desvantagem em termos de proteção pessoal, pois paira sobre ele presunções e preconceitos que, se não chegam a inverter o ônus da prova quanto à sua competência e honestidade, no mínimo, aumentam suas cautelas em relação ao controle externo; trata-se de custos de transação que, embora relacionados a aspectos pessoais do agente público, acabam transferidos para a negociação do ente administrativo representado. Não é por outro motivo que as garantias de independência dos magistrados estão diretamente relacionadas à sua liberdade de convicção, a qual, evidentemente, é maior quando seus riscos se resumem a ter a decisão reformada e não implicam riscos de responsabilização pessoal.

Com ou sem razão, fato é que índices de confiança entre “Justiça” e “Governo” são diversos entre si, bem como em relação a instituições do setor privado (**Gráfico 4**). Diante disso, ou se endereçam as questões de confiança antes da instituição do programa de solução de controvérsias administrativas (*e.g.* selecionando o grupo de agentes a serem envolvidos e lhes dando garantias), ou se desenha um programa que dela não dependa (*e.g.* por meio de uso de tecnologias de automação — que, na verdade, apenas desloca o elemento da confiança para os engenheiros e os supervisores da tecnologia). A terceira via (ignorar a desconfiança e, ainda assim, instituir um programa nela baseada), além de irracional, será provavelmente ineficiente.

Gráfico 4 - Índice de confiança nas instituições (média 2006-2019)



Elaboração própria. Dados brutos: GALLUP³¹⁰

³¹⁰ Os dados foram obtidos a partir do banco de dados da Plataforma Gallup disponível na biblioteca da University of Yale - Law School (New Haven, EUA), em janeiro/2020. Os países selecionados foram os mais citados ao longo desta tese. Além dos índices de confiança na justiça e no governo, selecionou-se, dentre os

Finalmente, note-se que esses fatores afetam não só os agentes públicos, mas também **o lado dos cidadãos interessados**. A falta de confiança no interlocutor do governo pode fazer com que a tentativa de solução do problema seja adiada (na esperança de se evitar o custo de transacionar com quem se desconfia) ou desviada para foros que, embora não sejam idealmente a primeira porta, gozam de maior confiança (*e.g.* ajuizamento de ação em vez de tentativa de solução administrativa). Essa desconfiança não diz respeito apenas a aspectos de probidade, já que é um fator “inerente à ideia de que a Administração tenha, força de lei e independentemente do prévio consentimento das partes, prerrogativas de ação unilateral”.³¹¹ Outras circunstâncias, como o descrédito quanto à capacidade do interlocutor público em compreender o problema ou simplesmente estar *disposto* a entendê-lo (com **escuta ativa**, portanto) também podem intervir. Mesmo aspectos de respeito e dignidade no tratamento ao público interferem nessa comunicação público-privada: “ouvir verdadeiramente alguém só é possível se o interlocutor não é humilhado, se fala sem medo, se pode expor tudo o que lhe interesse, se não é subserviente, não teme ofender a autoridade”.³¹² Tem-se, assim, que tanto do lado do agente público como do privado, não basta pensar no problema jurídico em tese, nem tampouco ter olhar para o caso concreto com filtros formalistas, pois sem se atentar para essas nuances de humanidade nas controvérsias, de direito público inclusive, perde-se qualidade na análise de adequação dos desenhos de solução de disputas.

2.2.2.b. *Poderes de decisão: vinculação e discricionariedade em contexto com as capacidades institucionais*

Como visto, um aspecto de destaque decorrente do cenário de impacto do controle administrativo é o fato de que os citados movimentos de deslocamento de tomada de decisão podem levar a solução dos conflitos a ser decidida por quem, originalmente, não foi dotado das devidas capacidades institucionais — ou seja, de desenhos processuais e recursos pessoais e materiais pertinentes para que o problema posto seja compreendido e endereçado do modo que melhor cumpre os objetivos públicos. O já muito debatido tema do ativismo judicial

dados disponíveis, também os do setor financeiro, a fim de se ter comparação *aproximada* sobre a confiança no próprio setor privado, que litiga com o Estado e para o qual migra a administração de alguns métodos de solução de conflitos.

³¹¹ MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato Administrativo*, p. 324.

³¹² SUNDFELD, *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*, p. 46.

é um ilustrativo exemplo: além de questões de legitimidade associadas à falta de representatividade popular, o déficit de conhecimento técnico e de procedimentos compatíveis trazem “o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados”, de modo que é preciso fazer uma análise da “capacidade institucional [que] envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria”.³¹³

No âmbito administrativo, essa análise pressupõe, inicialmente, diferenciar as citadas zonas de certeza e incerteza (cf. 2.2.1.b), que se relacionam, em linhas gerais, à clássica divisão dos atos administrativos em **vinculados** e **discricionários**. Tal classificação ainda guarda utilidade, na medida em que permite, didaticamente, diferenciar aspectos importantes da tomada de decisão administrativa. Como se sabe, naqueles, o direito objetivo não deixa dúvida quanto à atitude a tomar, de modo que o administrador não tem alternativa senão exercer aquilo que seu mandato público ordena — como ocorre, em geral, no âmbito tributário (cf. Capítulo 4); nestes, havendo mais de uma alternativa válida e não se dispondo de critério objetivo que permita inferir a melhor opção, não tem alternativa o administrador senão, de boa-fé, usar sua subjetividade para escolher com base em critérios de conveniência e oportunidade razoáveis³¹⁴ — como ocorre, muitas vezes, no âmbito contratual (cf. Capítulo 6). Há situações em que, apesar de, em tese, ser possível obter informações objetivas, ainda assim acaba se recorrendo a inferências subjetivas, em razão de limitações de custos, cognitivas ou até morais (cf. Capítulo 5).

Também em tese, os aspectos vinculados, em relação aos quais o administrador não tem alternativa, são passíveis de controle judicial, que nada mais fará que contrastá-lo com o direito objetivo; os aspectos discricionários, por sua vez, seriam de mérito reservado ao administrador, nele não podendo se imiscuir o juiz. Como é notório na experiência contenciosa, porém, tal distinção tampouco é de fácil aplicação, sendo matéria corriqueira discutida em júízo.

No âmbito das controvérsias judicializadas, não é novo esse debate entre os limites da separação dos poderes, em especial em razão do fenômeno da judicialização de

³¹³ BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 13, p. 17–32, 2009, p. 29.

³¹⁴ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 244.

políticas públicas.³¹⁵ Embora a discussão tenha se concentrado na teórica divisão de competências do Judiciário e do Executivo, já não são desconhecidos os argumentos que questionam a *capacidade institucional* do Poder Judiciário de, a partir dos casos concretos que se lhe apresentam, ter uma adequada visão sobre macroproblemas que pressupõem verdadeiras análises de políticas públicas. Se é verdade que o constituinte fez uma opção política que atribuiu (por razões históricas justificáveis) ao Judiciário o poder de conhecer de matérias de alcance político e moral,³¹⁶ também é verdade que “é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve”.³¹⁷

O Judiciário brasileiro tem, de fato, ensaiado movimentos nesse sentido. Além de impulsionar reformas processuais que visaram dar tratamento de demandas de modo a melhor evidenciar a “macrolide” por detrás das “microlides”, como o incidente de resolução de demandas repetitivas,³¹⁸ uma das frentes mais desenvolvidas é a de levantamento e disponibilização de dados que, por meio das estatísticas processuais, permitem inferências importantes sobre o comportamento de políticas públicas. Ao longo dos anos, o CNJ, por meio de iniciativas como as do setor de “Pesquisas Judiciárias” e do projeto “Justiça em Números”, passou de um relator dos sofridamente obtidos dados dos tribunais brasileiros a fornecedores de plataformas digitais com grande quantidade de dados que, apesar dos aperfeiçoamentos necessários, foram indiscutivelmente revolucionários nas pesquisas no país.³¹⁹ Outra frente é a da consolidação de entendimentos não só por meio da jurisprudência mas também por eventos do Conselho da Justiça Federal que consolidam enunciados doutrinários, como os das Jornadas de Direito Administrativo, o de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios e o de Direito da Saúde. Tem, ainda, atuado amplamente no fomento de métodos consensuais adjuntos aos seus tribunais, com procedimentos sistematizados para “demandas pré-processuais” e até mesmo para assuntos específicos, como os tratados nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Saúde (CEJUSC). É de se notar, todavia, que o protagonismo judiciário não deixa de ser sintoma

³¹⁵ O debate inclui até mesmo um Projeto de Lei (nº 8.058/2014), que chegou a ser arquivado em janeiro de 2019, depois desarquivado em abril de 2019 a pedido do seu próprio autor, deputado Paulo Teixeira [verificado em 24 mai. 2022]. — Algumas das ideias antecedentes ao projeto foram debatidas em: GRINOVER, Ada Pellegrini, O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, *Revista do Curso de Direito*, v. 7, n. 7, p. 9–37, 2010.

³¹⁶ Cf. BARROSO, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 30.

³¹⁷ SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, p. 229.

³¹⁸ Por todos: GUIMARÃES, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*.

³¹⁹ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *Pesquisas Judiciárias*, Portal CNJ, disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/>>. acesso em: 2 fev. 2021; BRASIL, *Justiça em Números: Painel*.

do citado quadro de desconforto decisório dos demais Poderes e da falta de deferência judicial às decisões administrativas (cf. Capítulo 5), bem como que, exceto por iniciativas como as que visam a municiar informações a serem usadas diretamente nos seus julgamentos (*e.g.* acordos institucionais entre Judiciário e Executivo para fornecimento de pareceres de saúde), tais medidas não tratam, propriamente, de uma alteração da capacidade decisória dos juízes.

No âmbito das demandas administrativas, embora a legislação há muito conheça processos administrativos aptos a resolver controvérsias sem judicialização (vide, *e.g.* o procedimento de reparação de danos da Lei 10.177/1998 do Estado de São Paulo), tem-se visto um crescimento especial do movimento de resolução extrajudicial de conflitos em torno de “Câmaras Administrativas de Solução de Conflitos” (CPC, art. 174) e, dentre estas, mais especialmente as Câmaras vinculadas a órgãos da Advocacia Pública (LMED, art. 32), incentivadas pela experiência da Câmara de Conciliação da Administração Federal – CCAF. Além da vocação natural da Advocacia Pública para lidar com conflitos administrativos, não se pode deixar de notar, neste ponto, que é sintomático que um dos principais foros de solução extrajudicial de conflitos estejam se desenvolvendo em uma instituição que pertence ao círculo das carreiras do sistema de Justiça (CF, arts. 131/132), o que pode denotar uma **busca por conforto decisório apoiado na segurança institucional** proporcionada por essa carreira de Estado que, embora não goze das mesmas garantias de independência funcional como as dos magistrados, de fato, tem ocupado esse vazio.

Neste ponto, é interessante adiantar uma diferença institucional importante do Brasil, em comparação com outros países como a França (cf. 3.3.1) e os EUA (cf. 3.3.2), que pode ter influência direta em termos de confiança, tanto dos cidadãos para com o Estado como dos agentes públicos para com seus controladores. No Brasil, depois da CF/1988, há clara distinção entre Judiciário, Ministério Público, Advocacia Pública e outros órgãos da Administração, o que provoca um distanciamento entre os possíveis envolvidos nas soluções de conflitos e uma sobreposição de controles externos maior do que as ocorridas na França, em que há funções consultivas e contenciosas, aqui feitas pela Advocacia Pública, que lá são feitas pelos próprios magistrados da jurisdição administrativa, e nos EUA, em que funções aqui exercidas pela Advocacia Pública são lá absorvidas por instituição (o *Department of Justice*) que cumula estas com as funções do Ministério Público (a exemplo do que ocorria, no plano federal brasileiro, antes da CF/1988). Uma efetiva análise comparativa desses modelos institucionais dependeria de pesquisas que ultrapassem o escopo desta tese. De todo modo, é possível cogitar que a competição entre instituições pode ser saudável e incentivar mudanças positivas (a

exemplo da diminuição de resistências quanto à flexibilização procedimental, no âmbito judiciário, graças à experiência arbitral);³²⁰ de outro lado, não se pode negar que a multiplicações de instituições multiplicará também as áreas de atrito.³²¹

2.2.3. Dimensão formal-procedimental (expressões da decisão)

2.2.3.a. *Como se chega às soluções? Notas sobre processos internos de tomada de decisões institucionais*

Antes de prosseguir, cabem algumas breves considerações sobre os processos de tomada de decisão internos à Administração, que, embora muitas vezes ocultados e negligenciados, são cruciais para a solução de conflitos.

A dinâmica dos processos de tomada de decisão da Administração Pública não difere, em linhas gerais, daquela existente em qualquer pessoa jurídica.³²² A *vontade institucional*, em ambos os casos, é manifestada por pessoas cujos poderes são limitados por seus instituidores, a quem prestam contas (*accountability*). Do ponto de vista interno (ou *antecedente*), essa vontade institucional só é validamente formada se observadas certas condições: regras de *competência* e de *procedimento* (e.g. prévia manifestação do Conselho de Administração ou Fiscal; aprovação orçamentária do Legislativo), previstas nos seus estatutos constitutivos (e.g. contrato social, na sociedade empresária; Constituição Federal, na União que corporifica a sociedade brasileira). Se tais regras forem descumpridas ou aplicadas com *desvio de finalidade* (e.g. por não visar aos objetivos sociais) ou *abuso de confiança* (teoria do *abuso de poder*; teoria dos *atos ultra vires societatis*³²³) haverá *vício de vontade* a invalidar o negócio (resguardada a legítima expectativa de terceiros de boa-fé ou, como dizem os administrativistas,

³²⁰ SALAMA, Bruno; PUGLIESE, Antonio, A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor, *Revista Direito GV*, v. 4, n. 1, p. 15–27, 2008; SALAMA, Bruno Meyerhof, Análise Econômica da Arbitragem, in: TIMM, Luciano Benetti (Org.), *Direito e Economia no Brasil*, 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 389.

³²¹ KOMESAR, *Imperfect alternatives*, p. 28.

³²² Sobre a teoria da instituição, a personificação jurídica do Estado e a formação da vontade de pessoas jurídicas: HAURIOU, Maurice, La théorie de l'institution et de la fondation: essai de vitalisme social, *Aux Sources du Droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, p. 89–128, 1925.

³²³ Embora, no Brasil, a teoria dos atos *ultra vires* seja comumente citada entre autores do direito empresarial, no direito estrangeiro ela é comumente citada também por autores do direito administrativo e constitucional. Por todos: ELLIOTT, Mark, The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law, *The Cambridge Law Journal*, v. 58, n. 1, p. 129–158, 1999.

confiança legítima: CC, art. 1.015, parágrafo único; Lei 4.717/1965, art. 2º). Ao prestar contas, os agentes da pessoa jurídica deverão comprovar tal conformidade (*compliance*), demonstrando a razoabilidade das suas decisões, seus motivos (causa) e a pertinência dos meios e fins. Do ponto de vista externo (ou *consequente*), a declaração de vontade da pessoa jurídica é um só ato, como é o da pessoa natural, cujo encontro com a vontade de outro sujeito de direitos perfaz o negócio jurídico, vinculando-os. No setor privado, como no público, o vício na formação das vontades invalida o negócio (art. 146, Código Civil; art. 2º, Lei 4.717/1965).

Pessoas naturais exercem “autonomia da vontade” a partir de sua livre inteligência. Corporações, por outro lado, têm níveis escalados de decisão. Grandes corporações privadas podem ter encadeamentos de decisão relativamente complexos, mas raramente ultrapassam o nível de um grupo delimitado que pode se assemblear para tomar decisões, com pautas específicas e opção de retirada de quem estiver insatisfeito. No Estado, não só é impossível assemblear cidadãos com a mesma facilidade, como as pautas são difusas e não há opção de que os insatisfeitos se “retirem” da sociedade. Não é raro que questões técnicas tenham complexidades tais que o próprio Poder Legislativo adote estratégia de delegar parte da decisão a órgão técnico administrativa (*e.g.* agência), reservando-se a determinação de marcos legais dentro dos quais novas camadas decisórias devem ocorrer — tornando ainda mais intrincada a tarefa de precisar o que é o “interesse público” no caso concreto. Essas novas camadas decisórias passam ser determinantes.

Evidentemente, pessoas de direito público têm mais dificuldade de orquestrar seus processos de manifestação de vontade institucional, porque o “contrato-social” público³²⁴ parte de incomparavelmente maior número de pessoas, para realização de objeto-social imensamente mais amplo, do que o contrato-social das pessoas privadas, de escopos mais curtos.³²⁵ Ademais, conquanto ambas estejam sujeitas ao mesmo ordenamento jurídico (unidade do Direito) e já se reconheça hoje a eficácia horizontal dos direitos constitucionais, não há dúvida que há diferenças na natureza dos objetivos públicos e privados, na forma como seus

³²⁴ A expressão é usada aqui, propositalmente, para fazer paralelo com o contrato-social das sociedades privadas empresariais. Não se pretende entrar na discussão sobre a efetiva existência de um contrato social entre cidadãos e Estado.

³²⁵ Para uma perspectiva não-societária, mas ainda organizacional, ver a concepção clássica de que empresas são fatores de redução do número de contratos (e dos custos de transação) necessários em um mercado (*e.g.* os empregados do produtor não precisam de contratos separados com os compradores dos produtos), e de que o “limite” de seu crescimento teria relação com a redução ótima dos correspondentes custos de transação em: COASE, Ronald Harry, *The nature of the firm*, *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386–405, 1937.

mandatários são constituídos,³²⁶ entre outros aspectos. Reconhecer essas diferenças, no entanto, não implica negar as semelhanças entre corporações públicas e privadas, não requer que conceitos de teoria geral do direito sejam bipartidos e renomeados a cada disciplina e, principalmente, não impede que a governança pública se aproveite de conhecimentos e experiências da gestão privada a fim de profissionalizar sua atuação e evitar que, por trás do autoritarismo, esconda-se o amadorismo.³²⁷

No Estado, a exemplo de qualquer pessoa jurídica, decisões têm um *antecedente interno* consistente em um procedimento de tomada de decisão sobre uma questão (*e.g.* negociar ou judicializar?), que formam a vontade a ser manifestada em nome do Estado (*consequente externo*), ora impondo-se independentemente da vontade do destinatário (*e.g.* ato administrativo unilateral), ora com ele formando comunhão de vontades (*e.g.* negócio jurídico).³²⁸ Assim, mesmo na heterocomposição, a solução produto do método não necessariamente é resultado apenas da decisão do terceiro-imparcial; ao menos indiretamente, é influenciada também pelo conjunto de decisões das próprias partes (dentro das possibilidades legais, evidentemente), tomadas nos seus respectivos “processos internos”.³²⁹

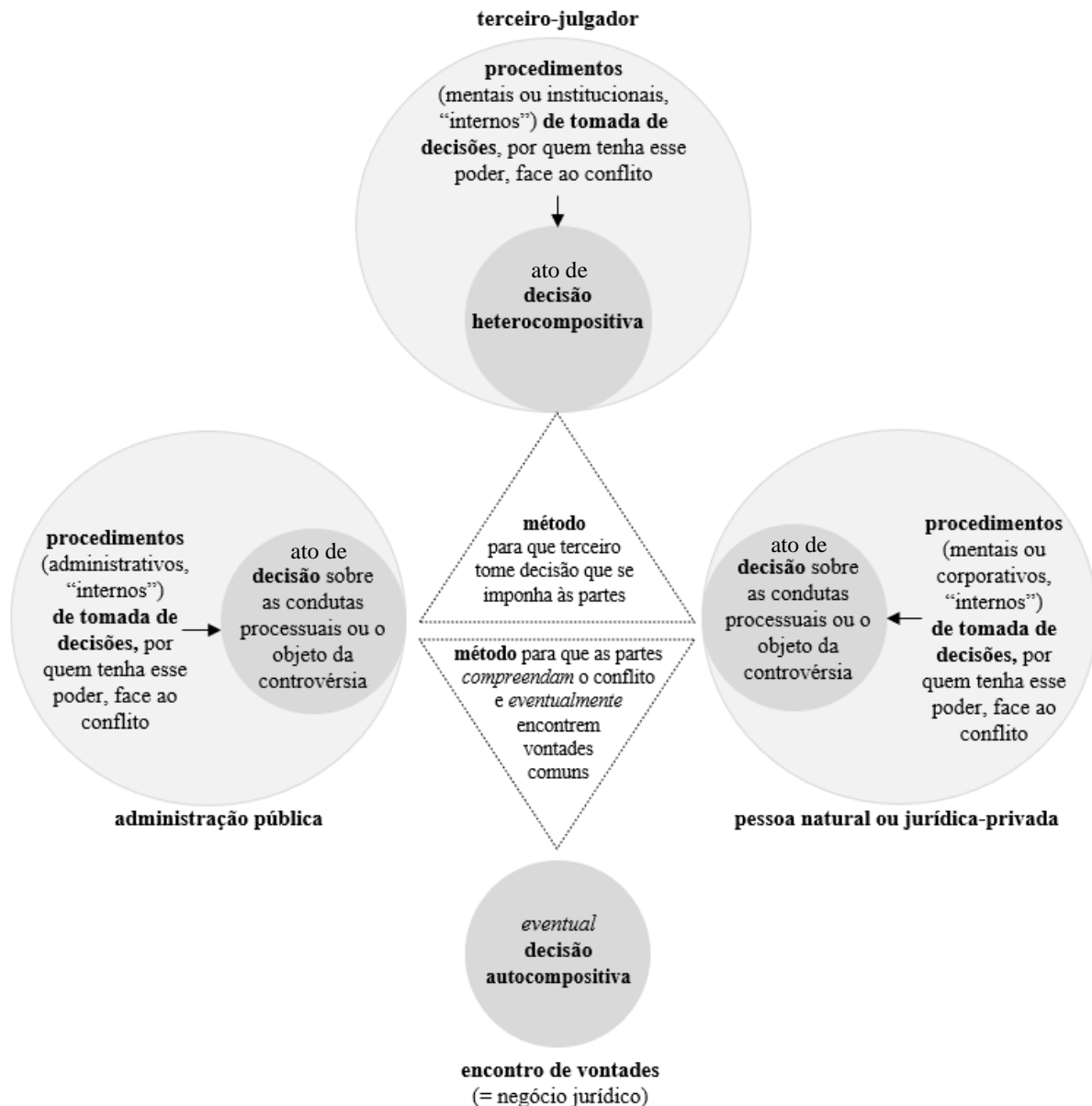
³²⁶ Não se desconhece a distinção, invocada por autores de direito público e privado, entre a *representação legal* (*e.g.* da curatela), a *representação convencional* (*e.g.* do mandato civil) e a *representação orgânica*, em relação a qual predomina o entendimento de que os atos do *órgão* significam atuação da pessoa jurídica, razão pela qual, na conhecida formulação de Pontes de Miranda, diz-se que o *órgão* da pessoa jurídica não a *representa*, mas a *presenta*: AMARAL, *Direito civil: introdução*, p. 439; CUNHA, *A Fazenda Pública em juízo*, p. 9. De todo modo, tal concepção, mais importante para análise de atos sob a lupa da teoria da aparência (mais uma, aliás, que funciona, em linhas gerais, de modo semelhante para pessoas público e privadas), não interfere no raciocínio aqui invocado.

³²⁷ Cf. SOUZA, *Em busca de uma administração pública de resultados*, p. 51.

³²⁸ Aproveita-se, aqui, da **teoria dos dois níveis** da doutrina alemã, segundo a qual os negócios jurídicos, administrativos ou privados, têm sempre um *antecedente interno* (decisão) e um *consequente externo* (execução). A teoria originalmente previa que o primeiro nível (ou fase) seria um “ato” regido pelo direito público, ao passo que o segundo nível (ou fase) seria regido pelo direito privado; contudo, com a compreensão de que o primeiro é antes um *procedimento* do que um *ato*, e que tanto regras de direito público como de direito privado estão presentes em ambas as fases, essa concepção cedeu espaço para “esquemas de vinculação jurídico-pública mais elaborados” (*e.g.* “contratos jurídico-públicos”, “contratos de direito privado administrativo”), os quais, quando não suficientes, ainda hoje dão espaço para a citada teoria. Cf. ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 169–178.

³²⁹ Note-se que decisões e atos jurisdicionais, quando colegiados, também têm um antecedente de formação da convicção (procedimento com contraditório, instruído pelas partes e seguido de deliberação) e um consequente exteriorizado (*e.g.* acórdão, que também é ato de Estado; sentença de tribunal arbitral, que é ato com autoridade reconhecida pelo Estado). Embora, em regra, essas decisões se imponham independentemente da vontade do destinatário (*e.g.* condenação), pode haver, aqui também, decisões que dependam de comunhão de vontades (*e.g.* calendarização processual: CPC, art. 191). Ademais, mesmo nos casos que a decisão se impõe, ela não ocorre sem antes ter sido provocada (por uma decisão anterior de demandar) pela parte interessada, e, em geral, depende das informações trazidas pelas partes para alimentar o juízo que proferirá a “solução”.

Quadro 7 - Processos de tomada de decisão "internos" ocultados na solução de conflitos



Elaboração própria

Diante desse quadro, tem-se que, nas pessoas jurídicas em geral, de direito público e privado, além de diferenciar *posições e interesses*, é preciso entender que estes últimos são compostos por redes pluripessoais, nas quais é preciso discernir, ainda, eventuais interesses *dos agentes* dos interesses *da instituição*. Como visto acima (cf. 2.2.2), é equivocado pressupor que basta excluir eventuais condutas ilícitas que a moralização fará com que sobre apenas os interesses institucionais. Enquanto houver pessoas envolvidas, haverá aspectos humanos que não podem ser ignorados, tanto no que diz respeito ao modo como cada servidor entende dever

cumprir sua missão pública, como na interpretação do que é de fato a vontade institucional, o demonstra também a importância de clareza nos objetivos perseguidos.

2.2.3.b. Instrumentalização de soluções: atos, negócios e processos

Quanto à dimensão formal da solução de controvérsias, finalmente, vale pontuar brevemente a utilidade de algumas categorias elementares de teoria geral do direito, que funcionam como denominadores comuns de vários ramos do direito, público inclusive, de modo a facilitar a visualização das estruturas jurídicas básicas que são colocadas em marcha no fenômeno da resolução de controvérsias administrativa.

A primeira categoria elementar é a do **ato jurídico** (em sentido amplo: o fato jurídico qualificado pela *vontade, institucional* que seja, *pública* inclusive³³⁰). Em geral, têm elementos que dizem respeito ao sujeito, ao objeto, à forma, ao motivo (causa) e à finalidade.³³¹ Dentre suas espécies, o *ato processual* é a “conduta dos sujeitos do processo que tenha por efeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais”.³³² São atos jurídicos com efeitos predeterminados em lei (atos jurídicos em sentido estrito) dessa natureza, *e.g.*, os atos de pedir, contestar e de **reconhecimento jurídico do pedido**, estes, aliás, unilaterais e potestativos. Por sua vez, a espécie *ato administrativo* (em sentido amplo) trata do ato jurídico de atuação administrativa, utilizado não só para a ação unilateral (ato administrativo em sentido estrito), mas até mesmo nas ações negociais, já que sempre necessário “a emissão de ao menos um acto

³³⁰ O que se aplica às instituições públicas inclusive. Nesse sentido, rejeitando a expressão “autonomia privada”, “porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer autorregramento da vontade, em direito público — o que seria falsíssimo”: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 83. — Para os fins aqui tratados, considera-se o ato jurídicos em sentido amplo, não apenas do ato jurídico cujos efeitos sejam involuntários (atos jurídicos em sentido estrito).

³³¹ Essa última (a finalidade) é tida por alguns como própria do direito administrativo, cujos atos estão vinculados aos fins públicos: MEIRELLES, Hely Lopes *et al.*, *Direito administrativo brasileiro*, 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 164. Porém, em certo sentido, ela pode ser vislumbrada nos atos jurídicos das sociedades privadas também (*e.g.* vínculo finalístico do ato empresarial em relação aos fins estatutários). Quanto ao motivo, “predomina, atualmente, na verdade, o que se chama de sentido objetivo da causa, isto é (...) se vê, na causa, a função prático-social, ou econômico-social do negócio”): AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 153.

³³² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 369.

administrativo destacável antes da celebração pela Administração”.³³³ Embora muito associado à unilateralidade administrativa, é preciso entender que o ato administrativo nela não se esgota (havendo quem nomeie de mero “ato da Administração” os que dependem de consenso de outrem),³³⁴ compreensão essa especialmente importante quando se repensam os modos de solucionar conflitos fazendários.

Nesse sentido, serão **atos processuais administrativos** aqueles praticados pela Administração em relação às suas situações jurídicas processuais. Na medida em que se vislumbra processualidade nos métodos de solução de conflitos em geral,³³⁵ essa noção se torna importante não só para atos contenciosos, mas para a atuação administrativa que visa à resolução de controvérsias como um todo, o que é relevante porque denota que nela não se prescinde do atendimento dos predicados de validade dos atos administrativos em geral, em especial da razoabilidade entre motivo e fins públicos. Em outras palavras: não se admite a atuação fazendária desmotivada ou incoerente com os objetivos visados — o que pressupõe, por sua vez, *saber quais são os objetivos visados*, o que não é trivial (cf. Parte II). Relembre-se ainda (cf. 2.1.3) que há circunstâncias em que, embora seja necessário praticar um ato unilateral, este pode ser precedido de tratativas consensuais (*e.g.* os citados acordos integrativos); logo, não se pode presumir que a unilateralidade seja sinônima de total ausência de consenso, ou de diálogo, ou, menos ainda, de escuta. Por sua vez, se apesar da unilateralidade decisória os efeitos da solução depender da vontade de terceiro, tal ato já se qualificará como destinado a instituir *negócio jurídico unilateral*.³³⁶

A segunda categoria elementar, assim, é a do negócio jurídico (isto é, do ato jurídico que instaura *relação jurídica* com efeitos subordinados à *vontade declarada*, nos limites legais), que podem ser *unilaterais*, que se aperfeiçoam pela declaração de vontade de uma só pessoa, ainda que dependa de ato alheio para produzir efeitos (*e.g.* testamento; licença), ou

³³³ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 781 (sic). O autor defende que é graças a esse “destaque” que se controlam garantias constitucionais em favor do administrado. — Apontando que no ato administrativo “estão sintetizadas as grandes preocupações dos administrados com a ação do Poder Público: com as garantias dos administrados, com a *adequação* da atuação administrativa a uma finalidade de interesse público e com a efetividade do provimento administrativo”, de modo que ainda tem “valor metodológico” na instrumentalização da relação entre Administração e cidadãos: PALMA, *Sanção e acordo na Administração Pública*, p. 244, 251, 252.

³³⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de, *Do negócio jurídico administrativo*, São Paulo: RT, 1992, p. 75–76.

³³⁵ GABBAY, *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*, p. 33.

³³⁶ Outro exemplo, que não trata exatamente de solução de conflito, mas que ilustra essa dinâmica é “a hipótese de ato unilateral que pressuponha aquiescência de seu destinatário para ganhar efetividade prática”, a qual, certamente

bilaterais, que só se aperfeiçoam pelo encontro de mais de uma declaração de vontade exteriorizada.³³⁷ Seus requisitos de validade associam-se aos elementos constitutivos do ato jurídico: sujeito capaz, objeto lícito, formal legal (CC, art. 104) e, especialmente no caso dos *negócios administrativos*, controla-se ainda (respeitados os âmbitos de discricionariedade no mérito administrativo) a validade em relação ao motivo e à finalidade. Como se sabe, atualmente, reconhece-se também a existência dos *negócios processuais*, que visam a criar (*e.g.* compromisso arbitral), modificar (*e.g.* CPC, art. 190 e 191) ou extinguir (*e.g.* distrato de convenção de mediação) situações jurídicas em relações processuais, as quais podem ser, evidentemente, também praticadas pela Administração Pública, caso em que se tem falado em **negócios processuais administrativos**, tendo recente anteprojeto de reforma da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999) se valido dessa noção para propor cláusula geral, assemelhada ao art. 190 do CPC, aos processos administrativos.³³⁸

Neste ponto, algumas situações administrativas merecem considerações especiais. No atual contexto em que o direito administrativo é essencialmente processual, pode ser um desafio distinguir “convenções de direito material” e de “direito processual” em casos como, por exemplo, a suspensão condicional do processo administrativo disciplinar, em que o cumprimento das condições impostas pode ser visto como obrigação de “de direito material” (*e.g.* extinção da punibilidade), embora tenha também inflexões processuais (*e.g.* a suspensão e futura extinção do processo). Todavia, essa nuance já era notada em outras convenções, como os contratos de “**transação**” para “prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas” (CC, art. 840), figura igualmente geradora de confusões (pioradas, logo após, no art.

³³⁷ REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 224.

³³⁸ A noção de “negócio processual e administrativo” é aprofundada em: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2017), p. 163. A proposta de cláusula geral do referido anteprojeto tem os seguintes termos: “Art. 25-A: Os órgãos e entidades podem, em consenso com o administrado, celebrar negócio jurídico processual administrativo que estipule mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da situação concreta, antes ou durante o processo”. Cf.: GARCIA, Flavia Amaral, *O negócio jurídico processual administrativo*, Portal da PGE-RJ, disponível em: <<https://pge.rj.gov.br:443/imprensa/noticias/2022/11/flavio-amaral-garcia-o-negocio-juridico-processual-administrativo>>. acesso em: 25 dez. 2022. — Vide, ainda: BRASIL, *Anteprojeto de lei ordinária para a reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo)*. — Aprofundando o tema dos negócios processuais fazendários: MEGNA, Bruno Lopes; CIANCI, Mirna, *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo*, in: CABRAL, Antonio do Passo (Org.), *Negócios processuais*, Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 481–505. — Preferindo nomear a hipótese do art. 190 do CPC de “convenção processual”, reservando a expressão “negócio processual” para acordos que versam sobre o direito material: TUCCI, José Rogério Cruz e, *Natureza e objeto das convenções processuais*, in: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Eds.), *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 26.

851 do CC, que fala em “contrato de compromisso arbitral”³³⁹), sobretudo por ter impregnado na noção de “transigir” ou “transacionar”, por vezes usada como sinônimo de “negociar”, a ideia de “conceder”.³⁴⁰ Esquece-se, por vezes, a importante compreensão de que a transação existe justamente para lidar com as *zonas cinzentas*: “o objeto da transação é, em princípio, toda relação jurídica que seja *res dubia*”;³⁴¹ não por acaso, o art. 26 da LINDB admite “compromisso para eliminar incerteza jurídica”.

Problema maior é que, no âmbito administrativo, isso automaticamente acende o alerta da “indisponibilidade”. Para evitar questionamentos, institutos como os **compromissos de ajustamento de condutas** (Lei 7.347/1985), compromissos de cessação de conduta (Lei 8.884/1993) e o compromisso “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público” (LINDB, art. 26) recebem nomes que tentam dissociá-los da sombra transacional e, não raro, vêm acompanhados de reiteradas explicações de que nada se concede, como se concessões fossem proibidas na Administração, quando de fato não são (*e.g.* conceder descontos autorizados na lei). Como já dito, concessões não podem existir em relação ao *interesse público* — e, a rigor, não seria difícil provar que a realização de alguns interesses públicos implica concessões de outros, o que, porém, estenderia o argumento desnecessariamente. Nada impede, porém, que, observadas as condicionantes legais, haja disposição de matérias públicas, menos ainda de formas públicas.³⁴²

Ademais, como também já dito, negociação não necessariamente implica concessões. Por isso, mais do que adjetivar de processual ou material ou renomear institutos de mesma natureza, importa perceber que **é preciso inverter a premissa de que negociações seriam vedadas na Administração**, pois (i) não necessariamente implicam concessões; (ii) ainda que haja concessões, estas serão lícitas, desde que observadas as condicionantes legais. Como dizem Leila Cuéllar e Egon Bockman Moreira, “a antiga fórmula ‘Administração Pública

³³⁹ O problema não está na nomenclatura; a quem admite que o compromisso é negócio jurídico, pouco incomoda chamá-lo de contrato. A questão é separar os objetos das relações jurídicas envolvidas.

³⁴⁰ Em sentido próximo, criticando o conceito legal por tal motivo: TARTUCE, *Mediação nos conflitos civis*, p. 41. — Em sentido mais amplo, “transação jurídica é um ato pelo qual os indivíduos autorizados pela ordem jurídica regulam juridicamente certas relações”: KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 199. No trecho, o autor cita ainda que não se confunde o “contrato” enquanto procedimento e enquanto norma criada.

³⁴¹ GOMES, Orlando. *Contratos*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 537.

³⁴² MARQUES NETO, *Bens públicos*, p. 290; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Novos institutos consensuais da ação administrativa, *Revista de Direito Administrativo*, v. 231, p. 129–156, 2003, p. 154.

= supremacia do interesse público + interesse indisponível = impossibilidade de conciliação' é simplesmente *contra legem*".³⁴³

Outro desafio que se pode colocar é sobre a natureza dos **acordos por adesão**, que não raramente aparecem em soluções extrajudiciais de conflitos administrativos condicionadas de modo estreito pela legislação. Nesses casos, a vontade institucional da Administração Pública é previa e formalmente positivada, predeterminando-se condições que, uma vez cumpridas, conferem ao cidadão o direito de firmar acordo com o Poder Público (*e.g.* transação por adesão tributária ou em precatórios). Fosse o proponente uma pessoa jurídica privada, não haveria dúvida que da adesão resulta *negócio jurídico* (*e.g.* venda e compra na máquina de refrigerante). Tampouco parece haver razão para que da adesão às condições fixadas pela Administração em edital ou regulamento infralegal resulte relação de natureza diversa.³⁴⁴ Um elemento adicional de dúvida pode aparecer quando tais condições são fixadas diretamente em lei formal, de sorte que o ato do cidadão em cumpri-las a fim de aderir à “oferta legal” teria efeitos *ex lege*, aproximando-o da noção de *ato jurídico em sentido estrito* (unilateral e de efeitos não voluntários, pois fixados em lei). A bem da verdade, raramente se verifica hipótese em que o legislador esgota tais condicionantes; em geral, há providências administrativas adicionais a tomar (*e.g.* regulamento da autorização para descontos de *até* 50% nas transações tributárias ou *até* 40% nos precatórios: Lei 13.998/2020; CF, art. 100, §20), de sorte que a natureza negocial persiste. De todo modo, se, por hipótese, a lei esgotasse as condicionantes e se queira adotar uma postura formalista nessa classificação, problema não há em qualificar a conduta do cidadão como mero “ato” do qual surgirá, *ex lege*, relação com conteúdo obrigacional reivindicável perante a Administração (ou seja, um direito subjetivo). Mais uma vez, porém, o que importa não é a taxonomia, mas perceber que (i) a manifestação da vontade institucional-administrativa pode se formalizar em diferentes níveis, legais e infralegais; (ii) apesar de eventuais condicionantes ou efeitos impostos *ex lege*, pode haver espaços negociais residuais, e, portanto, (iii) **a gradação dos níveis de vinculação do ato do administrador, da obrigatoriedade de adesão do cidadão e das margens de negociação é um relevante calibrador da “adequação”** de desenhos de solução de conflitos administrativos.

³⁴³ CUÉLLAR; MOREIRA, Administração Pública e mediação: notas fundamentais, p. 127.

³⁴⁴ Em sentido próximo, afirmando que “a maioria das ações que denominamos atos administrativos poderia ser caracterizada como negócios jurídicos”: PEREZ, Marcos Augusto. O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Os caminhos do ato administrativo*, p. 263-275. São Paulo: RT, 2011, p. 270.

A terceira categoria elementar, por fim, é a do *processo*. Em sentido estrito, a ciência jurídica costuma reservar a expressão “processo” para designar o procedimento animado por uma relação jurídica em contraditório, notadamente o processo judicial ou arbitral. Não se nega, porém, que haja processo em outras circunstâncias. Em sentido amplo, a teoria geral do processo admite que se deve levar a noção de “devido processo legal” a qualquer exercício de poder, que, no Estado democrático de Direito, jamais pode ser arbitrário — assim, seguindo a fórmula de Carlos Alberto de Salles, tem-se como **processo** o “*procedimento decisório dotado de normatividade*, pelo qual se expressa uma racionalidade jurídica determinada, significativa dos valores aos quais a decisão a ser produzida deve estar condicionada” e, assim, é colocado como “instrumento de regulação de qualquer poder decisório”.³⁴⁵ Nesse ponto, vale lembrar que a cláusula do **devido processo legal** é um mandamento de racionalidade de decisões, de feições tanto procedimentais (*procedural due process*) como substanciais (*substantive due process*), cuja *processualidade mínima* é pautada no binômio isonomia-autonomia, e que, por denotar a exigência de racionalidade na tomada de decisões — por sua vez guiada pelas finalidades constitucionais, excluindo-se, portanto, os desvios de finalidade —, não permite que o exercício do poder estatal seja arbitrário, descriterioso ou amador (cf. Introdução, iia.).

Isso é relevante porque, desde o fim do século passado, a Administração passou por um movimento de “processualização”, no sentido de que confiar a essa noção tanto à instrumentalização de garantias de contenção (endoprocessual) da autoridade estatal sobre o cidadão, mediante contraditório e ampla defesa, como de controle (extraprocessual) da atuação administrativa, por meio de procedimento pautado por valores de **transparência**, no exercício da atuação administrativa em geral. Nesse cenário, a processualização é útil não só às soluções adjudicadas, mas também às soluções consensuais, na medida em que fomenta “uma nova cultura na esfera pública de estímulo à solução abertamente negociada ao invés do conchavo ou da rigidez impermeável”.³⁴⁶

Dado que aprofundar o tema da **confidencialidade** nas tratativas negociais extrapolaria o escopo deste trabalho, registre-se apenas que se trata de questão ainda em debate, mas que, em linhas gerais, aponta para a necessidade de balancear, de um lado, o fato de que seres humanos tendem a ser menos transparentes, espontâneos e criativos conforme aumenta o

³⁴⁵ SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 104; SALLES, *Processo: procedimento dotado de normatividade: uma proposta de unificação conceitual*, p. 214.

³⁴⁶ Frase de Geisa de Assis Rodrigues citada por: TARTUCE, *Mediação nos conflitos civis*, p. 46.

seu grau de exposição, e, de outro lado, a cobrança de que a Administração seja mais transparente. Não se trata de um problema exclusivo da negociação de disputas. Para fins de endereçamento da questão, vale lembrar que a publicidade pode ser *ativa*, disponibilizada ao domínio público (*accountability* vertical) de ofício, ou *passiva*, a requerimento de órgãos de controle interno e externo (*accountability* horizontal), como o Ministério Público, ou mesmo cidadãos. Considere-se, ainda, que, além de hipóteses de sigilo já antes previstas em lei (e.g. segredo industrial), passa-se, hoje, depois do movimento de abertura impulsionado pela Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), pelo movimento impulsionado pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) de preocupação com a desnecessária exposição de dados pessoais, os quais, não é difícil imaginar, são pródigos no contexto da solução de controvérsias. Existem propostas, como a do Fórum Nacional do Poder Público, no sentido de que “o conteúdo da sessão de mediação e de conciliação no âmbito da administração Pública deve observar o princípio da confidencialidade, previsto nos artigos 30 da Lei 13.140/2015 e 166 do CPC, sem prejuízo da publicidade do resultado alcançado e seu respectiva motivação”.³⁴⁷ O tema se coloca também nas soluções adjudicadas e, de resto, não se tem notícia de repartições públicas que funcionem como aquários televisionados, de sorte que não há por que trazer para esse assunto polêmicas que não são dele exclusivas. Não há dúvida, de todo modo, que a essa questão é um fator de “adequação” do desenho da solução de divergências administrativas.

Por fim, confiou-se ainda ao **processo administrativo a função de meio de comunicação democrática** entre Administração e cidadão, o que é particularmente importante no contexto da solução de conflitos, tanto porque denota a garantia de que sua realização esteja amparada pelas balizas do devido processo legal, como porque resgata nessa realização uma por vezes esquecida, mas importantíssima, função: a de **ouvir e dialogar**.³⁴⁸ Nesse sentido, busca-se que a *instrução processual* vá além do sentido corrente de coleta de informações e respectiva documentação destinada a subsidiar a decisão; segundo ensinam estudiosos da consensualidade, é preciso, ainda, exercer *escuta ativa*. Trata-se de característica coerente com o movimento de horizontalização das relações entre cidadãos e Poder Público, que, na chamada “reforma do

³⁴⁷ FÓRUM NACIONAL DO PODER PÚBLICO, *Enunciados do FNPP*, Portal FNPP - Coordenação: Marco Antonio Rodrigues e Rita Nolasco, disponível em: <<https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>>. acesso em: 7 jun. 2021. — O art. 30 da LMED já enumera algumas exceções, como “quando sua divulgação for exigida por lei” (*caput*), “a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública” (§3º) e o dever de prestar “informações à administração tributária” (§4º).

³⁴⁸ Em sentido próximo: SUNDFELD, Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. MOREIRA NETO, Novas tendências da democracia.

Estado”, tem levado à revisão de institutos administrativos em direção ao modelo que se tem chamado de “Administração consensual”.³⁴⁹

2.3. NOTAS DE DIREITO COMPARADO

2.3.1. França e a ideia de que “julgar a administração é administrar”

Complexidade socioeconômica e número de litígios são, há muito tempo, reportados como fatores impulsionadores da “intervenção estatal” na “função administrativa” de “distribuir justiça”,³⁵⁰ bem como de “alternativas” que, guardadas diferenças de contexto e aplicação, lembram à mediação e à arbitragem, até mesmo com o “fisco”.^{351 352} Quando da reunificação dos poderes centrais no pós-feudalismo, “guerra, litígio judiciário e circulação de bens” formaram “um grande processo único e flutuante”: conforme se consolidava a ideia de que violar o Direito é ofender o soberano, permitindo-o confiscar bens e enriquecer, tornava-se mais interessante o controle da Justiça.³⁵³ A ela os monarcas absolutistas se imunizaram pela teoria da *irresponsabilidade do soberano* (“o rei não erra”), que mantém resquícios na

³⁴⁹ Cf. MOREIRA NETO, Novos institutos consensuais da ação administrativa, p. 133.

³⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *Lições de história do processo civil romano*, 2. ed. São Paulo: RT, 2013, 37-42 e 56. Comentando as pesquisas que superaram a tese de que a justiça romana teria origem na “vingança privada”, os autores apontam resquícios dos “antigos costumes de arbitragem” são um dos possíveis fatores que levaram à cisão, na fase da “justiça privada, entre o “julgamento” (ato de soberania) e a prévia “organização” da controvérsia, na qual o “magistrado” — que tinha caráter religioso e recebia *iurisdictio*, parte do *imperium* do *rex*, titular da *postesta publica*, apontava um *arbitrer* para certos casos que reclamavam “conhecimento e experiência extrajudicial”. Mais tarde o procedimento se unificou, “perdendo o “caráter arbitral” e se tornando desde o início uma atuação *ex auctoritate principis* (*ibidem*).

³⁵¹ ARAÚJO, Edmir Netto de, O direito administrativo e sua história, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 147–166, 2000, p. 150.

³⁵² ARAÚJO, Edmir Netto de, O direito administrativo e sua história, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 147–166, 2000, p. 150.

³⁵³ FOUCAULT, Michel, *A verdade e as formas jurídicas*, 3ª ed. [tradução do original de 1973]. Rio de Janeiro: Nau Ed., 2002, p. 53–78. Neste texto, o autor ainda afirma que é neste momento que “aparece um personagem totalmente novo (...): o procurador”, representante do rei, figura “sem precedente no Direito Romano”, e que “esse curioso personagem (...) aparece na Europa por volta do século XII” (p. 65). Ao contrário das ações (especialmente criminais) antigas, em que partes ou representantes arriscavam sua própria vida para “provar a verdade”, essa figura atuava em um processo simbólico que “ritualizava a guerra”. O autor conclui, então, que o processo se revela não só como via de “prova”, mas, antes, como uma “forma de saber-poder” (*ibidem*).

irresponsabilidade do juiz (“juiz não erra, diverge”),³⁵⁴ o que pode ser encarado como uma opção de “**custo social**” suportado por razões pragmáticas, em prol da funcionalidade do sistema.

Com a expansão do Estado e do mercado, tornando a interação do patrimônio estatal com os cidadãos mais dinâmica, separou-se a pessoa e os bens do soberano (imperador) e a do “Fisco” (*doutrina do fisco*).³⁵⁵ Conforme o iluminismo consolidava o ideal montesquiano de separação e limitação dos poderes, os monarcas se esforçaram para imprimir a ideia de que a função judiciária não poderia intervir na função administrativa, cujos conflitos deveriam ser resolvidos no seu próprio âmbito. Ironicamente, mais tarde, os revolucionários franceses tentaram adotar essa mesma ideia para, ao fundar a primeira república da França, criar o modelo de *jurisdição dual*, fazendo nascer o “direito administrativo” de base romano-germânica.³⁵⁶

Ainda hoje vige o sistema de jurisdição dual implementado pelos revolucionários que se apoderaram da administração do Estado francês, entre 1789 e 1799. Preocupados com o fato de que os aristocratas que ocupavam o Judiciário interferissem nos atos da nova Administração que se fundava, deram interpretação ao princípio da separação dos poderes segundo a ideia de que “jugar a Administração é ainda administrar”.³⁵⁷ A Lei de organização judiciária de 1790, ainda em vigor, prevê que “as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira que seja, as operações dos órgãos da administração, nem intimar os seus administradores em razão de suas funções”.³⁵⁸ Na Constituição de 1799, instituiu-se um “Conselho do Estado”,³⁵⁹ instância recursal do “Conselho

³⁵⁴ Embora o aparato *judiciário* possa ser responsabilizado por erro *administrativo* (art. 5º, LXXV, CF). Nesse sentido, comentando essa distinção e as teses pró e contra a tese da irresponsabilidade do Estado por erro judiciário: CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, p. 289–302. Ver, ainda: DI PIETRO, *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*.

³⁵⁵ MEYER, *Derecho administrativo alemán*, p. 59–66.

³⁵⁶ LEBRETON, *Droit administratif général*, p. 4–6.

³⁵⁷ A célebre frase (no original: “*juger l’administration, c’est encore une fois administrer*”) é de Henrion de Pansey (*De l’autorité judiciaire en France*, 1827), citado em: LEBRETON, *Droit administratif général*, p. 6.

³⁵⁸ Inicialmente pouco respeitada, a lei foi depois reforçada pela Assembleia Nacional no Decreto-Lei de 16 fructidor do ano III, que anulou todos os procedimentos nos tribunais judiciários contra órgãos administrativos e prescreveu “*reiterada interdição feita aos tribunais de conhecer dos atos da administração de qualquer espécie que seja, sob as penas da lei*”. Traduções livres e verificações de vigência dos textos legais extraídos de: RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Légifrance*, disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>. acesso em: 3 out. 2021.

³⁵⁹ A França é um estado unitário, não federal. O termo “Estado” se aproxima ao que, no Brasil, é a União.

da Prefeitura”, que dava *pareceres* sobre controvérsias *decidas* por prefeitos e ministros (“teoria do administrador-juiz” ou “ministro-juiz”). O Conselho exercia uma “**justiça contida**” (*justice retenue*): suas decisões dependiam de chancela do chefe de Estado. Depois, foi-lhe “delegado” o poder, até então “retido” com o “soberano” (= imperador ou, nos períodos republicanos, o povo), de proferir julgamentos executáveis (“**justiça delegada**”), mas o Conselho só viu condições políticas de se afirmar competente para conhecer e julgar diretamente de causas administrativas, em 1889 (Caso *Cadot* ³⁶⁰), pondo fim ao “ministro-juiz” e iniciando uma tradição de independência.³⁶¹

Consolidou-se, assim, uma “**jurisdição administrativa**” (*jurisdiction administrative*), da qual o Conselho de Estado é o órgão de cúpula, diversa da jurisdição dos juízes comuns, a “jurisdição judiciária” (*jurisdiction judiciaire*), que tem a Corte de Cassação no seu ápice — há ainda um Tribunal de Conflitos e, para reduzidos casos, a Corte Constitucional. Não se trata de mera divisão de competência *ratione personae*. Ao contrário do Brasil, em que todos os juízes estão em tese investidos do *mesmo poder*, observadas regras de competência, na França, não é dado ao poder “judiciário” julgar o exercício da atividade administrativa, pois há uma *reserva de jurisdição* a essa estrutura de justiça que tem origem e vínculo diferenciado em relação ao poder executivo.³⁶²

Compete à Justiça Administrativa demandas que envolvam exercício da “**função administrativa**”, ou seja, a atividade praticada por pessoa jurídica de direito público (condição orgânica), no exercício de atividade administrativa (condição material), sob o regime de prerrogativas próprias do direito público (condição funcional). A Justiça Judiciária, guardiã da propriedade privada e das liberdades individuais, pode julgar a Administração Pública quando

³⁶⁰ *Arrêt Cadot (1889)*, Conselho de Estado (decisão de 13 dez. 1889). Em recurso contra decisão do Ministro do Interior que se recusou julgar caso de responsabilidade por difamação praticada por conselho municipal, o Conselho de Estado entendeu que detinha competência para conhecer originalmente de todos os casos administrativos sem necessidade de prévia submissão a ministros. O entendimento prevaleceu até o Decreto-Lei de 30 set. 1953, que transformou os Conselhos de Prefeitura em Tribunais Administrativos de 1ª instância para o direito comum, tornando novamente o Conselho de Estado um órgão predominantemente recursal, ressalvadas competências originárias excepcionais. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Légifrance*.

³⁶¹ Ainda hoje, suas decisões se iniciam com “*Em nome do povo francês ...*” e a independência se fia na tradição. A independência dos Tribunais Administrativos e Cortes Administrativas de Apelação, porém, já está expressa na Lei de 6 de janeiro de 1986 (art. 18), a qual também estatui um Conselho Superior de Tribunais Administrativos, com competências relacionadas à carreira desses magistrados, encabeçado pelo Vice-Presidente do Conselho de Estado. Cf. LEBRETON, *Droit administratif général*, p. 6–7..

³⁶² Cf. SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 295–298.

em situação jurídica típica de sujeitos privados, como ocorre nos “contratos de direito privado da administração” (de cunho comercial ou industrial).³⁶³

Isso importa a toda arquitetura de solução de conflitos administrativos. Na França, entende-se que, por exemplo, a arbitragem é *a priori* possível para matérias sujeitas à jurisdição judiciária e vedadas às reservadas à jurisdição administrativa, podendo a lei *dispor* diferentemente em certos casos. Já na Itália, veda-se arbitragem, *a priori*, para os “interesses legítimos”, admitindo-se, porém, para os “sujeitos subjetivos” em geral, mesmo aqueles que, na jurisdição estatal, são reservados à justiça administrativa. Em ambos os países, de todo modo, há uma **racionalidade predeterminante** da extensão ou vedação do método arbitral para conflitos administrativos, bem como um **espaço de escolha política** legislativa.³⁶⁴ Conforme se verá mais tarde (cf. Capítulo 3), essa ideia de que “julgar a administração é ainda administrar” tem, ainda, outras importantes implicações institucionais.

2.3.2. EUA: jurisdição una, mas soluções não só judiciárias

Marbury v. Madison é famoso pelo precedente que fixou a supremacia da Constituição e respectivo controle judiciário. Menos famoso é o fato de o precedente sustenta também a ideia de controle *legislativo* da jurisdição dos tribunais, de que certas decisões são dadas a políticos, ainda que tradicionalmente debatidas em juízo,³⁶⁵ e de que a distribuição de competências (= de poder) é inexoravelmente política.

Em comparação com a brasileira, a Constituição dos EUA dá mais espaço para que, infraconstitucionalmente, sejam redistribuídas competências para julgar demandas que envolvem o Poder Público, podendo até mesmo deslocá-las para tribunais e autoridades

³⁶³ Fala-se em “contencioso de anulação” para controvérsias sobre excessos de poder face à legalidade objetiva de uma regra ou decisão administrativa, em “contencioso de repressão” para os casos de contravenções que impliquem prejuízo a domínios públicos, e em “contencioso de plena jurisdição” para outros casos, notadamente nos quais couber condenação pecuniária ou revisão de decisões. Cf. CHAPUS, René, *Droit administratif général*, 15. ed. Paris: Montchrestein, 2001, p. 786–793; LEBRETON, *Droit administratif général*, p. 325; DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 259.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 128–137; 147–152.

³⁶⁵ MERRILL, Thomas W., *Marbury v. Madison as the First Great Administrative Law Decision*, *The John Marshall Law Review*, n. 37, p. 481–522, 2004, p. 521. Tradução livre. O autor ainda analisa as categorias processuais do processo (*jurisdiction, cause of action, standing, reviewability*) — próximas, mas não iguais, às noções de competência, causa de pedir, interesse de agir e limite jurisdicional, no direito brasileiro).

adjudicadoras não-judiciárias. Destacam-se os “**tribunais legislativos**” (*legislative courts*), por vezes anexos às próprias cortes judiciárias, ou a autarquias específicas (“*agencies*”). A rigor, não são “nem tribunais [judiciários], nem legislativos”.³⁶⁶ São assim chamados porque é a lei (não a constituição) que fixa o estatuto de seus juízes (que *não* têm garantias constitucionais de estabilidade) e os direitos sob sua competência, segundo a ideia de que, se os poderes políticos podem o mais, que é não criar o direito, então podem o menos, que é “reter para si” o seu julgamento — lembrando a noção francesa de “justiça retida”, acima citada — ou “apenas” **limitar suas vias jurisdicionais**.³⁶⁷

Sua natureza (jurisdicional ou administrativa) é controversa na jurisprudência e entre os “maiores acadêmicos” da área.³⁶⁸ Sobressaem os entendimentos de que os tribunais “legislativos” podem existir desde que: (i) não atinjam “direitos privados” (*private rights*) à vida, à liberdade ou à propriedade, notadamente os só restringíveis mediante “ação judicial” pelo direito consuetudinário (que é relevante no *common law*); (ii) mediante devido processo legal, atinjam apenas “direitos públicos” (*public rights doctrine*) que historicamente sejam “concessões” do Soberano, exclusivamente decorrentes de decisão legislativa ou executiva — o que, considerando a enxuta Constituição norte-americana, se aplica a grande parte das relações administrativas modernas; (iii) estejam sujeitos à revisão das cortes do Judiciário federal (*appellate review theorie*), admitindo-se, porém — diferentemente dos julgamentos

³⁶⁶ Akhil Reed Amar, citado por: BAUDE, Willian, Adjudication Outside Article III, *Harvard Law Review*, v. 133, n. 5, p. 1511–1581, 2020, p. 1558.

³⁶⁷ Distinguem-se, assim: (a) as “cortes” judiciárias ou “*article III courts*”, compostas por juízes com estabilidade salarial e vitaliciedade, com base no artigo III (“do Judiciário”) da Constituição; (b) os “tribunais” legislativos ou “*article I courts*”, compostos por juízes sem garantias salariais ou estabilidade, com base no artigo I (“do Legislativo”) da Constituição. Há, ainda, (c) os juízes dos territórios da União, que não pertençam a Estado-membro, criados com base no artigo IV (“da Federação”), o qual tampouco prevê garantias salariais ou estabilidade. — Há quem faça distinção literal entre “tribunais” e “cortes”: PFANDER, James E., Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States, *Harvard Law Review*, v. 118, n. 2, p. 643–777, 2004.

³⁶⁸ Cf. BAUDE, Adjudication Outside Article III, p. 1581. Para o autor, exercem “*poder judicial*” apenas os juízes federais com garantias (Artigo III), os juízes dos territórios não-federalizados (Artigo IV) e os juízes estaduais (cujas garantias *não* estão previstas na Constituição dos EUA, de modo que as Constituições estaduais podem lhes dar qualquer estatuto). Os demais tribunais exercem “*poder executivo*”, o que não afasta a constitucionalidade da adjudicação de direitos públicos (*public rights*) e militares por cortes não-judiciárias, na medida em que sujeitas ao “devido processo legal”.

administrativos brasileiros — **supressão de instâncias**, com recurso ou mera supervisão da Suprema Corte (pois, por definição constitucional, são a ela “inferiores”: art. III, §8).³⁶⁹

A adjudicação de disputas contratuais e patrimoniais **contra o governo** está atribuída a “tribunais legislativos” desde a primeira vez que receberam tratamento legal específico. Trata-se da *Court of Claims* (hoje *U.S. Court of Federal Claims*), cujas decisões são impugnadas diretamente perante uma corte recursal “judiciária” (a *U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit*). Assim, há uma 1ª instância perante um “tribunal não-Judiciário” e uma 2ª instância perante uma corte recursal do Judiciário, a última antes da própria Suprema Corte, raramente acessada. Há casos em que a Suprema Corte é a única instância judiciária.³⁷⁰

Além da variação de instituições, há **variação de autoridades adjudicadoras**. Nas cortes judiciárias federais, só 1% (2017) dos casos chegam a julgamento final perante “juízes” (*judges*), nomeados politicamente desde a 1ª instância, com estabilidades constitucionais; os demais, como de seguridade social, têm procedimentos concentrados em “magistrados” (*magistrate judges*), selecionados pela corte com mandatos de 8 anos, interrompíveis até por mera desnecessidade, com atribuições para conduzir MASCs, instruir processos, conceder *habeas corpus* e, mediante consentimento, julgar o caso.³⁷¹

³⁶⁹ Ver: *Murray’s Lessee v. Haboken* (1856); *Ex parte Bakelite Co.* (1929); *Crowell v. Benson* (1932); Cf. BAUDE, Adjudication Outside Article III. — Defendendo que esse sistema é compatível com os “requisitos de “unidade [da jurisdição], supremacia [da Suprema Corte] e inferioridade [de demais cortes e tribunais]”: PFANDER, Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States, p. 776.

³⁷⁰ E..g, em matéria militar, a instância não-judiciária é revisada diretamente pela Suprema Corte. O desenho da *Court of Claims*, porém, é predominante nas matérias administrativas, como a tributária, em que há a *U.S. Tax Court*, 1ª instância “não-judiciária”, seguida de uma 2ª instância “judiciária” e, então, da Suprema Corte. Cf. FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Courts, Caseloads, and Jurisdiction*, Courts, disponível em: <<https://www.fjc.gov/history/courts>>. acesso em: 4 dez. 2020.

³⁷¹ MARCUM, Anthony, Why federal magistrate judges can improve judicial capacity, *University of Cincinnati Law Review*, v. 88, n. 4, p. 1009–1036, 2020, p. 1020–1025. Tais magistrados têm, por lei, mas não pela constituição, garantia de 92% do salário dos juízes judiciários.

No plano *judiciário* federal, as principais instâncias são, nesta ordem: cortes distritais (*U.S. District Courts*), cortes de apelação (*U.S. Court of Appeals* e *U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit*) e Suprema Corte (*U.S. Supreme Court*), todas com juízes com estabilidades (salariais e de vitaliciedade), indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado, de modo que o grau de indicações políticas, que começa já na 1ª instância, é mais profunda nos EUA que no Brasil.

No plano estadual, a **seleção de juízes** pode se dar por indicação dos governadores, eleição partidária, eleição não-partidária, ou referendo. As Constituições estaduais *não* estão obrigadas a dar estabilidades a seus juízes. Na estrutura, costuma haver espelho do sistema federal; das “supremas cortes estaduais”, recorre-se (em raros casos) para a Suprema Corte nacional — que, então, funciona como 4ª instância. Cf.: FINE, Toni M., *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, Cizur Menor: Aranzadi, 2007. Atualizações em: FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Courts, Caseloads, and Jurisdiction*.

Nos tribunais legislativos, embora possa haver “juízes contratados” pelas agências (*administrative judges, hearing officers*, entre outros nomes), a Suprema Corte recentemente decidiu que os julgamentos finais devem ser feitos por “juízes administrativos de direito” (*administrative law judges – “ALJs”*), selecionados pelo mesmo procedimento político dos juízes judiciários (nomeação do presidente, ouvido o Senado).³⁷² A **imparcialidade** dos ALJs é alvo de debate, especialmente quando o governo é parte, bem como quando, embora não seja parte, o governo lhes pressiona a cumprir **metas quantitativas**; a exemplo do que ocorre nas jurisdições administrativas europeias, contudo, prevalece o entendimento de que não há parcialidade na estrutura institucional em si.³⁷³ Em comparação com o Brasil, portanto, a interação entre política e jurisdição é mais rotineira, até porque julgadores “finais”, judiciários e administrativos, *devem* ser escolhidos politicamente, pelas autoridades mais altas. Mesmo comparado a outras “democracias economicamente avançadas”, tem-se que, nos EUA, **juízes são “mais políticos”** e suas **decisões “menos uniformes”**, o que é um dos fatores relacionados à naturalidade com que acordos ocorrem neste sistema.³⁷⁴

A síntese deste capítulo é a dessacralização do universo de soluções possíveis. Ao se compreender que soluções implicam tomada de decisões que são limitadas e falíveis, com base em critérios que nem sempre são objetivamente identificáveis, desmistifica-se o ideal de que a resolução de controvérsias dependa de meros exercícios de aplicação de regras dadas. Por outro lado, o reconhecimento dessa complexidade impõe a tarefa de tentar organizá-la, a fim de que seja funcional. Neste ponto, viu-se que, antes de avançar para o debate sobre os métodos que veiculam soluções, é preciso solidificar o uso de métodos que permitem a compreensão do conflito, com devido mapeamento do problema, bem como da solução, com clareza quanto aos objetivos almejados pelas partes envolvidas, os quais, no caso de controvérsias administrativas, podem estar ocultos pela lente (macroscópica ou microscópica) usada para enxergar a situação

³⁷² Cf. BARNETT, Kent *et al.*, *Non-ALJ adjudicators in federal agencies: status, selection, oversight, and removal*, Washington, D.C.: Administrative Conference of the United States, 2018. Em 2017, havia 1.931 juízes ALJs e 10.831 juízes “não-ALJs” na Administração federal dos EUA (dos quais 8.131 no setor de patentes, 714 no Tesouro, 326 na Imigração).

³⁷³ Cf.: *Ibid.* Ver **Lucia v. SEC (2018)**, exigindo julgamentos por ALJs nomeados conforme a “*appointment clause*” (art. 2, § 2 da Constituição dos EUA), admitindo-se nomeação pelas cortes ou agentes administrativos para aqueles que não fazem julgamentos finais; *Schwiker v. McLure (1982)*, entendendo que não há violação do devido processo pela “combinação de funções” dos membros de agências).

³⁷⁴ KAGAN, Robert A., *Adversarial Legalism: the American Way of Law*, 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 374.

conflituosa. Noções como a de análise de impacto jurídico e correlatas tornam-se ferramentas indispensáveis. Ao se tomar consciência desse aspecto, percebe-se que a adequação implica escolhas de abordagem do problema, o que significa também escolher e assumir os defeitos e os riscos implicados. Ganha relevância, nesse contexto, a questão sobre quem decide a respeito dessas escolhas, ao mesmo tempo em que se percebe que a abertura para o diálogo (ouvir e ser ouvido), proporcionada por ferramentas do sistema multiportas, é um benefício tão ou mais importante que a eventual “eliminação” do conflito.

Para tanto, categorias elementares do Direito, não exclusivas do direito administrativo, já fornecem arsenal suficiente para que sejam traçados caminhos de solução. Em muitos casos, não é preciso criar distinções ou adornar as existentes. Ao contrário, retornar ao sentido básico das categorias da teoria geral do Direito e despi-las de adjetivos pode auxiliar a trazer clareza para a dinâmica da solução de controvérsias estatais. Noções elementares como as de ato, negócio e processo jurídico explicam satisfatoriamente boa parte das situações implicadas nesse fenômeno, e auxiliam a afastar confusões e preconceitos, como as equivocadas noções de que negociação implica concessão e de que a Administração jamais concederia. O exercício de humildade diante das limitações do Direito e da racionalidade limitada inerente às decisões é, ainda, um componente importante para que, restaurando-se a compreensão da humanidade nesse contexto, soluções mais aderentes à realidade sejam enxergadas.

4. MÉTODOS DE SOLUÇÃO EM CONFLITOS ADMINISTRATIVOS

Compreendidos os contornos elementares do conflito administrativo e do respectivo universo de soluções possíveis, é possível olhar para os métodos que servem de veículo entre eles. Os labirintos do sistema multiportas nem sempre são claros. Uma mistura de nomes como métodos “alternativos”, “adequados” e “consensuais”, “transação para pôr fim ao litígio”, “transação por adesão”, “compromissos para eliminar irregularidades ou incerteza”, “justiça restaurativa”, entre outros, não tornam o caminho mais fácil — especialmente quando o andarilho está em negação ou traumatizado com as ideias a que remetem. O discernimento de algumas noções é, assim, pressuposto para avançar, enfim, no estudo dos métodos de solução aplicáveis a conflitos administrativos.

4.1. PREMISSAS CONCEITUAIS

4.1.1. Conceito de “método”: processo *falível* de tomada de decisão

Métodos de solução de conflitos não são cartolas mágicas que transformam conflitos em soluções, nem máquinas de pensar que, pela força, transformam o que neles é inserido em coisa diversa. A alegoria do método de solução de conflitos como um processador em que se inserem problemas e se retiram “soluções” precisa ser temperada. No estágio inicial, por vezes (especialmente em questões de interesse público), sequer se tem à disposição a matéria-prima para se trabalhar, de sorte que o método precisará de ferramentas aptas a ir buscá-las (mapeando o problema, a fim de descobrir o *conflito verídico*). Ao longo do processamento, simplesmente ligar o motor do maquinário existente pode não bastar; pode ser necessário calibrá-lo ou mesmo alterar sua configuração (redesenhando as estratégias de abordagem do problema, estudando modos de interpretá-lo, gerenciando o processo). Ao final, nem sempre se obterá um produto acabado, menos ainda perfeito.

A expressão “métodos de solução de conflitos” é resumo de um fenômeno mais complexo que a nomenclatura faz parecer. Na verdade, o método não é “de solução”, mas de tomada de decisões que visam à solução, a qual, como visto (cf. 2.1.1), tampouco resolve o conflito, mas, por meio da referida decisão, tenta introduzir novidades no contexto do conflito que transformem³⁷⁵ a crise presente, intolerável, em uma situação nova, talvez ainda de crise, mas tolerável. Antes de tudo, tais mecanismos são veículos de comunicação, cujo tratamento de informações resulta decisões, que *objetivam* a solução, mas não as tem como resultado imediato. Por isso, adota-se aqui o conceito de que “**métodos de solução de conflitos**” são **processos de tomada de decisão** — ou, na tradução literal da expressão inglesa *decision making-process*: processo de *fazer* decisões —, os quais ganham caráter jurídico na medida em que os respectivos poderes decisórios forem condicionados por regras e valores normativos,³⁷⁶ o que, na nossa raiz constitucional, conduz ao *devido processo legal*. Recuperar essa noção é importante para entender o que implicam as “alternativas” de métodos.

Assim, por exemplo, evita-se que, na ânsia pela desjudicialização por meios como a conciliação, se esqueça que alguém sempre terá que tomar decisão. A eventual exclusão da figura do terceiro imparcial não suprime outros polos de decisão que já existiam no conflito com outro papel: o das partes, que, nas vias heterocompositivas, tomavam decisões como a de reclamar e de se contrapor, e que, nas vias autocompositivas, retêm consigo o poder central da composição; na hipótese de controvérsias administrativas, mantém-se a necessidade de decisões do Poder Público, ainda que por meio de outros agentes. A seu turno, ampliando-se noções da teoria geral do processo para os mecanismos de solução de conflitos em geral, tem-se, na medida em que se mantiver uma *relação jurídica* autônoma, cuja disciplina dos respectivos *poderes* em relação ao modo de agir diante da controvérsia não se confunda com a da relação material originária, uma *relação jurídica processual*. Quanto à dimensão subjetiva-institucional, portanto, a alternância de métodos significa realocação de polos de decisão, redistribuindo poderes da relação jurídica processual.

³⁷⁵ Essa ideia é presente, em sentido mais amplo, em clássicos como Luhmann, com foco na reconfiguração do estado de crise intolerável em tolerável, como, em sentido mais estrito, na Escola da Mediação Transformativa de Bush e Folger, com foco na transformação das pessoas e de seus sentimentos (em vez do foco no acordo): LUHMANN, Conflitto e diritto; BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P., *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, San Francisco: John Wiley & Sons, 2004.

³⁷⁶ Conforme definição de processo como “procedimento decisório dotado de normatividade”: SALLES, Processo: procedimento dotado de normatividade: uma proposta de unificação conceitual, p. 212–214. No texto, o autor recupera, de Reinaldo Lima Lopes, a ideia de “*modelo legal-racional de Direito*”.

Quanto à dimensão formal-procedimental, o método corresponde ao desenho que estabelece como e quando tais poderes podem ser exercidos para se deflagrar o processo (requisitos de *admissibilidade*), conduzi-lo ao longo de suas etapas e concluí-lo (*procedimentos*). Novamente se valendo das noções da teoria geral do processo, tem-se *processo jurídico*, quando tais *procedimentos* funcionarem a partir do exercício daqueles poderes juridicamente regulados no âmbito da respectiva *relação processual*. Nesse aspecto, a alternância de métodos significa redesenhar os filtros de discussão e os modos de articulação entre os polos de decisão, com reflexos em características como a flexibilidade e a permeabilidade a informações não-jurídicas.

Finalmente, quanto à dimensão objetiva-substancial, diferenciar o resultado do método (a decisão) das implicações dele decorrentes (a desejada solução) — noção essa já conhecida na ciência processual, que separa o pronunciamento jurisdicional sobre o *objeto jurídico* do processo das providências materiais no bem-da-vida em disputa³⁷⁷ — é importante para que haja consciência a respeito das limitações de cada mecanismo.

Assim, não se pode transpor para os métodos em geral premissas próprias do meio judicial, como a vedação ao *non liquet* (CPC, art. 140) que faz com que processos sempre tenham “resolução” da controvérsia jurídica e que tem recebidos reformas específicas, relacionadas aos poderes que são particulares aos juízes, a fim de conferir-lhes *efetividade processual*.³⁷⁸ Avaliações neutras de terceiro são exemplos de métodos em que pode haver meras sugestões, sem pretensão de se “resolver” o conflito. Outros métodos, como a mediação transformativa, sequer prometem “fim” do conflito, pois seu compromisso é com a relação interpessoal, não com o acordo jurídico.³⁷⁹ Outros, ainda, como os relacionados à “justiça restaurativa”, têm por foco a alteração de perspectiva, de retrospectiva para prospectiva, face ao conflito, tratando-se de profunda mudança de concepção sobre qual deve ser o resultado do processo, não se tratando, portanto, de mero substitutivo para alcançar resultados

³⁷⁷ A propósito, discutindo as confusões de significado em torno das expressões, consideradas sinônimas, *provimento jurisdicional, providências jurisdicional e medida jurisdicional*: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Vocabulário do processo civil*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 231.

³⁷⁸ É o mote do CPC/2015, cf. BRASIL, *Exposição de Motivos (Anteprojeto do NCPC)*.

³⁷⁹ Para alguns, a ideologia da mediação transformativa seria até mesmo inconciliável com um propósito voltado ao acordo: BUSH; FOLGER, *The Promise of Mediation*, p. 231.

semelhantes.³⁸⁰ Por outro lado, é possível que um conflito comporte uma só solução (*e.g.* por razões de tipicidade legal) qualquer seja o método (*e.g.* judicial ou arbitral³⁸¹), bem como que, a partir de um só método (*e.g.* conciliação) se chegue a mais de uma solução (*e.g.* fazer ou indenizar). Alternativas de métodos não se confundem com alternativas de soluções.

A seu turno, recuperando-se a noção de racionalidade (cf. 2.1.2), é de lembrar ainda que processos de tomada de decisões são, por natureza, imperfeitos, não só porque pode haver erro no seu uso (*error in procedendo*), mas também porque sua própria formação tem limitações (*e.g.* incapacidade de reconstruir fatos com fidelidade ou de detectar os reais interesses das partes), além das limitações relacionadas à materialização da decisão, ou seja, dar-lhe “efetividade”. Já dizia Giuseppe Chiovenda que “o processo deve dar *o quanto possível praticamente* a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir”.³⁸² Na medida em que **processos são falhos, alternar métodos implica escolher entre imperfeições**, optar se e quais defeitos são suportáveis.³⁸³

Por isso, é preciso cuidado com premissas e promessas que se colocam para cada método. Métodos são *resolutivos do conflito* apenas na medida em que fabricadores decisões que afetam pessoas de tal forma que as movam em direção a uma situação diversa da crise antes posta.³⁸⁴ São *alternativos* entre si na medida em que comparáveis, não se podendo presumir que sejam meros substitutos uns dos outros. Quanto a serem *adequados*, é igualmente necessária cautela, uma vez que se trata de noção não absoluta (cf. Introdução, ii.a) e que comporta

³⁸⁰ A propósito da justiça restaurativa no âmbito administrativo-disciplinar: OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt, Superando o paradigma punitivo: por um procedimento disciplinar restaurativo, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 85, p. 67–104, 2017.

³⁸¹ “Em síntese: em termos ideais de previsibilidade, o resultado da atividade de investigação de um juiz bem preparado e de um árbitro deveria ser rigorosamente igual: ambos devem aplicar a lei atendendo aos fins sociais a que se dirige; ambos devem aplicar a lei tendo em conta as exigências do bem comum; ambos estão obrigados a aplicar a lei, não podendo afastá-la para dar ao caso concreto uma solução que lhes pareça mais justa”: CARMONA, Carlos Alberto, Em torno do árbitro, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, p. 47–63, 2011, p. 61.

³⁸² Tradução livre do trecho original (*Dell’azione nascente dal contratto preliminare*, *Rivista di Diritto Commerciale*, vol. IX, p. 103, parte I) citado em: SALLES, Carlos Alberto de, Processo civil de interesse público, in: SALLES, Carlos Alberto de (Org.), *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*, São Paulo: RT, 2003, p. 47.

³⁸³ Em sentido próximo, concebendo que uma “injustiça” só se justifica na medida em que não há alternativa para evitar outra injustiça ainda pior: RAWLS, John, *A theory of justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 4. — Debatendo sobre o fato de que a “certeza [jurídica] inexistente”, “não passa de razoável probabilidade”: DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 280.

³⁸⁴ Ou, como diria Luhmann ao concluir como se obtém legitimidade pelo procedimento, na medida em que “alterar as expectativas do seu meio ambiente” graças às “suas próprias possibilidades de decisão”: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 202.

variações comparativas (algo pode ser mais adequado que outro, embora nenhum seja inadequado).

4.1.2. Métodos “adequados” para quê e para quem?

O monopólio do uso da força pelo Estado, sabe-se, implica a vedação à *vingança privada*, mas não implica que a solução de conflitos só possa ocorrer pela via jurisdicional, tampouco estatal ou sequer jurídica. De fato, diversos subsistemas existentes na sociedade (*e.g.* vizinhanças, escolas, igrejas) compõem divergências, sem necessariamente recorrer a instituições jurídico-formais. Essa percepção é importante na medida em que o Direito se torna permeável a questões tratadas nesses ou outros âmbitos que antes lhe eram estranhos; ademais, faz lembrar que as formas jurídicas tradicionais não esgotam o leque de desenhos possíveis para composição de controvérsias, bem como que são variadas as motivações (nem sempre jurídicas ou de interesse coletivo) que levam pessoas a buscar determinadas vias de solução.³⁸⁵

Na perspectiva individual, a escolha do método faz parte das estratégias de disputa de cada um. Mesmo antes de surgida controvérsia, cláusulas de solução de disputas, por exemplo, são objeto de negociações. Ao se concretizar um conflito, por sua vez, litigantes costumam considerar aspectos como custos procedimentais e a probabilidade de êxito para decidir *se, quando e como* resolver a divergência. Nesse sentido, é clássica a formulação do Direito e Economia de que essa **tomada de decisão dos litigantes** segue raciocínio tal que acordos ocorrem se “as perdas esperadas pelo demandado excedem os ganhos esperados pelo demandante”; caso contrário, eles preferirão litigar em juízo.³⁸⁶ Especialmente em disputas não patrimoniais, outros aspectos como a restauração de laços entre as partes também são considerados. De todo modo, excetuadas hipóteses em que a lei impõe determinada via (*e.g.* homologação judicial obrigatória), trata-se de decisão das próprias partes interessadas, com base

³⁸⁵ Essa percepção tampouco é evidente, dado que “o extraordinário fortalecimento do Estado, ao qual se aliou a consciência da sua essencial função pacificadora, conduziu, a partir da já mencionada evolução do direito romano e ao longo dos séculos, à afirmação da *quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela* (...). A própria autocomposição, que nada tem de antissocial, não vinha sendo particularmente estimulada pelo Estado”: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 33. — Sobre subsistemas sociais e suas variadas formas de composição de conflitos: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 199.

³⁸⁶ Tal formula pode ser representada nos seguintes termos: se $2C > (P_p - P_d)J$, então haverá acordo; onde: C é o custo do julgamento; P_p é a probabilidade esperada de condenação por quem a pede; P_d é a probabilidade esperada de condenação por quem a defende; J é o valor esperado de julgamento: STEARNS; ZYWICKI; MICELI, *Law and Economics: Private and Public*, p. 361.

em sua *autonomia da vontade*,³⁸⁷ cuja *percepção de adequação* dependerá do que lhes parecer mais coerente com sua estratégia — que pode ou não coincidir com a adequação compreendida pelos estudiosos da área, como os que alertam para a importância de métodos que auxiliem a focar em *interesses* em vez de *posições*,³⁸⁸ ou do legislador, ao prescrever, *e.g.*, a conciliação quando não houver vínculo anterior entre partes (CPC, art. 334 e art. 165, §2º).

Na perspectiva coletiva, por outro lado, a *percepção de adequação* pode ser diferente, até porque **os valores social e privado do litígio não necessariamente coincidem**: “o valor privado da ação judicial equivale ao ganho líquido do demandante, como examinado na análise da decisão acordo *vs.* julgamento, ao passo que o valor social envolve o efeito da ação, por meio de seu impacto simbólico ou de precedente, afetando a conformidade com o Direito”.³⁸⁹ Isso não quer dizer que o processo judicial seja sempre socialmente positivo, o que dependerá da comparação dos respectivos “*custos sociais totais*”: uma vez que a decisão individual de litigar, em geral, tem em vista os interesses dos próprios litigantes e não os da sociedade, é possível que daí surjam tanto *externalidades negativas*, como o uso abusivo do sistema judiciário com demandas frívolas, como *externalidades positivas*, a exemplo da consolidação de entendimento jurisprudencial sobre assunto que carecia de segurança-jurídica.³⁹⁰

Diante disso, as *externalidades positivas se impõem como critério de adequação ao Estado*, em vista de seus objetivos constitucionais de construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos (CF, art. 3º, I e IV). Mais ainda, objetivos específicos, como o desenvolvimento nacional e a redução de desigualdades (CF, art. 3º, II e III), impõem-lhe também decidir e planejar o que priorizará. Por óbvio, a complexidade do sistema jurídico e a plurivocidade dos interesses públicos não permitem apontar critérios de adequação absolutos, *a priori*. A própria definição jurisprudencial do que seja “uso abusivo do sistema judiciário” ou “demanda frívola”, por exemplo, pode variar a depender da conjuntura. Como “agente normativo e regulador da atividade econômica” (CF, art. 174) que exerce a

³⁸⁷ A legislação brasileira reserva à autonomia individual a escolha pela arbitragem ou pela mediação extrajudicial, por exemplo: cf. Lei 9.307/1996, art. 3º e Lei 13.140/2005, art. 2º, V. No processo judicial, embora tenha sido incluída a sessão de mediação ou conciliação prévia, esta pode ser afastada por encontro de vontade das partes (CPC, art. 334, §4º); de todo modo, o próprio ajuizamento da ação, exceto nos casos de *processo necessário*, é uma decisão autônoma do indivíduo.

³⁸⁸ Cf. FISHER; URY, *Getting to Yes*, p. 23–24.

³⁸⁹ STEARNS; ZYWICKI; MICELI, *Law and Economics: Private and Public*, p. 390.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 391.

“função de planejamento das políticas sociais” (CF, 193), porém, o Estado não pode perder de vista essa perspectiva, em quaisquer de suas atividades.

Isso significa que tais objetivos não são estranhos ao serviço estatal de prestação de Justiça — o que não é novidade no direito processual. Do ponto de vista do demandante, reconhece-se que a *utilidade* do processo está na satisfação da pretensão resistida (daí o *interesse-necessidade* como condição da ação) por meio de intervenção jurisdicional (efetiva e tempestiva, espera-se) apropriada para tal desiderato (*interesse-adequação*). Nesta perspectiva estrita, “fala-se em *princípio da adequação* para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador, para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material”.³⁹¹ Do ponto de vista da coletividade, porém, “os escopos da jurisdição em si mesma”, “não das partes”, são outros:³⁹² visam a realizar o direito objetivo (*escopo jurídico do processo*, resolvendo a “lide jurídica”), afirmar a autoridade do ordenamento jurídico (*escopo político*) e promover a *pacificação social com justiça*, isto é, “eliminar conflitos mediante critérios justos” (*escopo social*, resolvendo a “lide sociológica”).³⁹³ Neste âmbito mais amplo, portanto, a adequação está relacionada a finalidades que extrapolam a solução do caso individualmente considerado. Trata-se de terceira ordem de adequação que, ao lado da adequação subjetiva (*ratione personae*) e da adequação objetiva (em razão da patrimonialidade ou ordem pública da matéria), foi chamada de **adequação teleológica** por Galeno Lacerda, para quem “o modo como se tem buscado resolver esse antagonismo entre os valores individuais e sociais que porfiam no processo varia conforme o tempo, o lugar e o grau de cultura dos povos. Nesse sentido, o processo é um fato cultural e político”.³⁹⁴

³⁹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo, in: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.), *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 307 (destacou-se). No trecho, o autor distingue o *princípio da adequação*, destinado ao legislador, e o *princípio da adaptabilidade, flexibilização ou elasticidade processual*, que seria destinado ao juiz para flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade.

³⁹² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 158.

³⁹³ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 191. — Não por acaso, a exposição de motivos do anteprojeto que deu origem ao CPC/2015 afirma que “um sistema processual civil que não proporcione à *sociedade* o reconhecimento e a realização dos direitos (...) não se harmoniza com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito”: BRASIL, *Exposição de Motivos (Anteprojeto do NCPC)*.

³⁹⁴ LACERDA, O Código como sistema legal de adequação do processo, p. 257 (destacou-se). O autor afirma, ainda, que “isto significa que o Código representa, na verdade, o *sistema legal de adequação do processo*, como instrumento, aos sujeitos que o acionam, ao objeto sobre o qual atua, e aos fins da respectiva função judiciária, polarizando sempre para a declaração e realização do direito em concreto”: *Ibid.*, p. 256.

A adequação passa, nessa perspectiva, por **tomada de decisão política**, a princípio, legislativa. Não deixam de ser políticas, porém, decisões infralegais como a Resolução nº 125 do CNJ, que, conforme sua ementa, regulamenta uma “*política pública de tratamento de conflitos*”, denotando que aqueles escopos exteriores aos litigantes do caso concreto são visados não só na via judiciária, mas nos métodos de solução de disputas em geral.³⁹⁵ Isso não significa negligenciar a utilidade individual do processo para as partes. Ao contrário, tem-se restaurado o protagonismo das partes na resolução de controvérsias, com base na autonomia do indivíduo e no “princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil”³⁹⁶ — o que denota, por sua vez, tanto o prestígio da liberdade como valor a ser respeitado nesse contexto, como o reconhecimento de que, em certas hipóteses,³⁹⁷ alocações mais eficientes podem advir da escolha do método pelos próprios litigantes.

Essa política não tem apenas efeitos de ordem processual ou mesmo jurídica. A supressão de juizados especiais, por exemplo, teria notório impacto nas relações comerciais rotineiras e, portanto, na “ordem econômica” (CF, Título VIII), além do prejuízo que traria na pacificação social e na segurança jurídica. É relevante notar, ainda, que, apesar da tendência (para alguns, paternalista³⁹⁸) de centralizar essa política no Judiciário³⁹⁹ — por vezes, estruturada sob premissas questionáveis, como a do trabalho não-remunerado de conciliadores e mediadores —, há nela um verdadeiro efeito de **fomento**⁴⁰⁰ **a serviços de solução de**

³⁹⁵ GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, p. 7; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 41; WATANABE, *Cultura da sentença e cultura da pacificação*.

³⁹⁶ DIDIER, Fredie, Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, *in*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Orgs.), *Negócios processuais*, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 33.

³⁹⁷ Ressalva-se, em especial, aquelas em que a disparidade de poderes entre as partes é tal que a tutela estatal se mostra necessária para garantir a observância do devido processo legal. A propósito: TARTUCE, Fernanda, *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequilíbrio no processo civil*, Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 332.

³⁹⁸ Cf. SALLES, Carlos Alberto de, O consenso nos braços do Leviatã: os caminhos do Judiciário brasileiro na implantação de mecanismos adequados de solução de controvérsias, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 3, p. 215–241, 2018.

³⁹⁹ Não só no Brasil, como nos EUA, em que é largamente usado o modelo de profissionais privados que trabalham junto aos tribunais, chamado “*court-annexed ADR*”, que não trata de um processo ou programa único, mas de um conjunto de diferentes “sabores” de mecanismos, como arbitragem, mediação, avaliação neutra de terceiro, mini-júri, “conferências de acordos judiciais” (*judicial settlement conferences*) e interações, como med-arb (mediação seguida de arbitragem): WARD, Ettie, Mandatory court-annexed alternative dispute resolution in the United States federal courts: Panacea or pandemic, *St. John’s Law Review*, v. 81, p. 77–98, 2007.

⁴⁰⁰ “Fomento” pode ser conceituado como ação estatal estruturada que incentiva condutas específicas entendidas como aptas a gerar impactos sistêmicos positivos para a sociedade: MARQUES NETO, *O fomento estatal*, p. 409–410.

conflitos,⁴⁰¹ capaz de criar um mercado em torno desse sistema⁴⁰² — com bônus (*e.g.* expansão das alternativas para solução de conflitos) e ônus (*e.g.* acréscimo de nova ordem de *problemas de agência* no sistema)⁴⁰³ —, o que releva a largueza que pode alcançar o debate sobre a adequação desse sistema. Ganha corpo, de todo modo, o chamado “*sistema multiportas*”.

Tais considerações não deixam de se aplicar quando é parte do conflito o próprio Poder Público, que continua responsável por essa política pública. Nesse caso, não é possível admitir como “adequada” a dissociação feita, nos termos acima, entre as perspectivas individual e coletiva, já que o Estado jamais poderia optar por conduta processual outra que aquela que visa às externalidades positivas para a sociedade. É preciso, por isso, um olhar particular para essa hipótese (cf. 3.2.1).

4.1.3. Tipos gerais de métodos de solução de conflitos

Extrapolaria os limites desta tese dissertar sobre o amplo leque de métodos que o sistema multiportas oferece para solução de conflitos. Antes de focar no tratamento das controvérsias administrativas, porém, cabe discernir algumas situações.

⁴⁰¹ Em 2004, reporta-se que havia 67 “programas de administração alternativa de conflitos” no Brasil, dos quais 60% eram patrocinados pelo Estado: BRASIL, Ministério da Justiça, *Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais*, Brasília: Secretaria da Reforma do Judiciário e PNUD, 2005. No relatório, por “administração alternativa de conflitos entendem-se as iniciativas pautadas por um modelo de mediação de conflitos por via negociada, ou restaurativa, ou de compensação; em contraposição aos modelos adjudicatório e retributivo da Justiça comum” (p. 14).

⁴⁰² Compondo este mercado, o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem, entidade privada que congrega e representa câmaras privadas de prestação de serviços de solução extrajudiciária de solução de conflitos, aponta que, em 2021, 52 entidades privadas, de 12 Estados brasileiros (3 delas são apontadas como tendo base “online”) são suas associadas. No ano, o “Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores Judiciais” do CNJ aponta 2.828 mediadores e conciliadores registrados junto aos Tribunais estaduais Cf. CONIMA, Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, *Instituições – Conima*, Portal do CONIMA, disponível em: <<https://conima.org.br/institucional/instituicoes/>>. acesso em: 2 jun. 2021. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *Cadastro Nacional de Formadores de Instrutores*, Portal CNJ, disponível em: <<https://conciliajud.cnj.jus.br/ccmj>>. acesso em: 2 jun. 2021.

⁴⁰³ Por exemplo, relata-se que “na Romênia muitas reclamações surgiram ao longo do caminho sobre a eficácia do sistema [de mediação prévia obrigatória], sobre mediadores que visam unicamente vantagens financeiras em troca de certificados, sobre advogados que eram também mediadores e agiam como tal para seus próprio clientes e seus adversários, sobre partes que censurariam o juiz por ele ter dito que seria gratuito (mas não era), sobre juízes que começaram a ignorar todo o sistema, e assim por diante...”: TARTUCE, *Mediação nos conflitos civis*, p. 306.

Em sequência à tipologia já apresentada sobre os centros de decisão na composição do conflito (cf. 2.1.2), pode-se avançar com acréscimo de alguns elementos que dizem respeito ao modo como esses polos se articulam.

Na (a) heterocomposição, procede-se, em geral, com **adjudicação**⁴⁰⁴ da controvérsia por terceiro imparcial, que a decide por exercício de poder (a.1) *jurisdicional*, como no processo judicial e, segundo entendimento prevalescente no Brasil, na arbitragem;⁴⁰⁵ (a.2) *administrativo*, como nos processos judicantes perante órgãos da Administração, especialmente se tiverem independência (ainda assim, no Brasil, censuráveis judicialmente); (a.3) *contratual*, como nos comitês de solução de conflitos adjudicativos (*Dispute Adjudication Boards*, censuráveis jurisdicionalmente) e, segundo entendimento prevalescente nos EUA, a arbitragem.⁴⁰⁶

Na (b) autocomposição, procede-se, em geral, com **negociação** (tratativas negociais, consensuais; não necessariamente com concessões recíprocas: cf. 2.1.3), que pode ocorrer por meio de (b.1) *negociação direta*, sem intermediação de terceiros ou (b.2) com (*inter*)*mediação* de terceiro imparcial facilitador (*e.g.* mediador⁴⁰⁷ ou conciliador⁴⁰⁸), cujo papel

⁴⁰⁴ Expressão usada aqui no sentido original latino de *adjudcatio/adjudicationis*, de “ato de dar alguma coisa por sentença; julgamento”, também usada nos EUA (*adjudication*), no sentido de “dar ou pronunciar um julgamento ou decreto/ordem (*decree*) em uma causa” e que “implica uma audiência pelo tribunal, depois de notificação, de provas legais sobre a matéria factualmente envolvida”, cf. respectivamente: CÂMARA, Helder Moroni, *Adjudicação*, Enciclopédia Jurídica da PUCSP, disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/174/edicao-1/adjudicacao>>. acesso em: 28 dez. 2022; BLACK *et al*, *Black's law dictionary*, p. 63 (tradução livre). — Observe-se, no entanto, que, no direito brasileiro, o termo costuma ser reservado para o ato de atribuição de um bem a alguém, como dito, na legislação processual, na adjudicação dos bens penhorados ao credor, e, na legislativa do processo administrativo de licitação, na adjudicação do objeto licitado ao vencedor: DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, p. 64–65.

⁴⁰⁵ Pois, na legislação brasileira, se trata de processo contraditório do qual decorre sentença de idêntica natureza à judicial, de modo que faz coisa julgada e constitui título executivo *judicial* (CPC, art. 515). Cf. CARMONA, Arbitragem e administração pública - primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública, p. 189–190. Ver ainda: STJ, 2º Seção (Direito Privado), Conflito de Competência 111.230/DF, Relatora Ministra Nancy Andrigui, julgado em 8 mai. 2013, DJE 3 abr. 2014 (admitindo o conflito de competência entre juiz e árbitro em vista da natureza jurisdicional de ambas funções)

⁴⁰⁶ Cf. GAILLARD; FOUCHARD; GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, p. 14. Os autores resolvem o dilema propondo que a arbitragem tem origem contratual, mas conteúdo jurisdicional.

⁴⁰⁷ Indicativa de que há uma negociação contida na mediação, a lei prevê que “o convite para iniciar o *procedimento de mediação* extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o *escopo proposto para a negociação*” (LMED, art. 21).

⁴⁰⁸ A existência de diferença entre mediação e conciliação é debate que extrapola os propósitos desta tese. Basta aqui registrar que, no Brasil, o legislador optou por definir a figura do conciliador como aquele “que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, [e] poderá sugerir soluções para o litígio”, e o mediador como o “que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (CPC, 165, §2º e §3º).

não é tomar decisões, mas auxiliar as partes a negociar ou, ao menos, a estabelecerem uma comunicação funcional, a partir da qual possam compreender o conflito e tomar decisões autônomas. Intenção próxima têm (b.3) a avaliação neutra de terceiro, em que a decisão das partes é informada por instrução probatória e parecer imparcial que a auxilia a compreender eventuais falhas de sua percepção e a real solidez de suas convicções.

Note-se, em relação a estes últimos, que, ao contrário da hetercomposição, em que um terceiro (por obrigação legal ou contratual) *deverá impor* uma solução para compor as partes, nestes, o terceiro não toma decisão alguma e atua ainda que a *eventual* composição, a ser *decidida pelas partes*, não ocorra. Em ambos os casos (negociação com ou sem terceiro facilitador), mesmo que não haja acordo, o processo pode ser útil para, por exemplo, restaurar ou melhorar a fluidez da comunicação entre as partes ou até mesmo desvendar que o conflito era, no todo ou em parte, um mero equívoco de compreensão (portanto, um *conflito falso*). Há escolas, como a da mediação transformativa, que sequer colocam o acordo como objetivo, mas, antes, a transformação da experiência conflituosa.⁴⁰⁹ Assim, **como método, negociação, mediação e conciliação não se confundem com o eventual acordo deles decorrente e têm utilidade a despeito deste**. É importante não fazer essa confusão,⁴¹⁰ a fim de não dar azo para preconceitos em relação ao uso desses métodos na Administração Pública, a pretexto de que seriam incompatíveis com o princípio da indisponibilidade do interesse público (o que é equivocado, tanto porque interesses indisponíveis admitem autocomposição,⁴¹¹ como porque, a despeito da composição, tais métodos têm utilidades outras que o acordo) ou de que o processo administrativo seria incompatível com técnicas negociativas (o que é igualmente falso quando a negociação se mostrar uma ferramenta mais apta a viabilizar a comunicação entre as partes, caso em que, sem prejuízo de outros valores como a transparência, não só poderá como, por eficiência, deverá ser utilizada).

⁴⁰⁹ A propósito, Daniela Monteiro Gabbay (citando Luiz Warat, Robert Bush e Joseph Folger) aponta que a *mediação transformativa* “tem foco mais no processo do que no resultado”, de modo que “o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a transformação das pessoas e seus sentimentos”, trabalhando “sob a ótica do empoderamento das partes (*empowerment dimension*) e do reconhecimento do problema do outro (*recognition dimension*)”: GABBAY, *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*, p. 55.

⁴¹⁰ Que pode decorrer da afirmação de alguns autores, como a de que “a autocomposição, cujas principais modalidades são a conciliação e a mediação, utiliza um terceiro facilitador”: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 38. — No sentido aqui adotado, a autocomposição equivale à solução concertada entre as partes que, assim, se “compõem”; não se confunde com o método que as levou até lá.

⁴¹¹ Como visto (cf. 2.2), a indisponibilidade do interesse público não afasta a possibilidade de autocomposição e tampouco pode ser confundida com a *disponibilidade condicionada* em relação a certas decisões públicas.

Nas palavras de Fernanda Tartuce:

Mediar é facilitar a comunicação entre as pessoas para propiciar que elas possam entender melhor os meandros da situação controvertida e, sendo este o seu desejo, engendrar respostas conjuntas sobre questões relevantes ligadas ao conflito. O terceiro facilitador da comunicação busca a retomada da comunicação em bases proveitosas; com o diálogo os envolvidos poderão ser mutuamente esclarecidos sobre a controvérsia, seus anseios e suas perspectivas, passando a poder perceber pontos comuns favoráveis ao alcance do consenso.⁴¹²

Por fim, pode-se dizer que no caso (c) da autotutela, também se vislumbra *adjudicação*, no sentido de que se avoca a questão e em relação a ela se toma uma decisão, impondo-a, no caso da Administração Pública, graças à autoexecutoriedade⁴¹³ dos seus atos. No contexto da processualização administrativa, isso é ainda mais fácil de ser visualizado, atraindo as ideias de contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Nesse sentido, não se distanciam muito da heterocomposição feita por tribunais administrativos,⁴¹⁴ senão talvez pelo fato de que se costuma associar a autotutela a processos mais sumarizados ou diferidos (*e.g.* multa de trânsito) e realizados por órgãos que não têm independência hierárquica-funcional.

Em segundo lugar, girando o olhar para a *origem* da relação jurídico-processual, vale distinguir métodos formados a partir do que se poderia chamar de vínculos involuntários ou voluntários. Nos casos de (a) **vínculos involuntários**, a constituição da relação é inevitável para ao menos um dos sujeitos da relação, impondo-se por lei, como ocorre, por exemplo, mediante provocação do autor (que pode ser um particular) que deflagra o processo judicial (exercendo, portanto, direito potestativo de ajuizar a demanda, que, preenchidas as condições da ação, levará à citação, real ou ficta, do réu), ou mesmo mediante ato de ofício pelo Estado, ao instaurar um processo administrativo sancionador (cujo agente estará exercendo o ato vinculado de deflagrar o procedimento diante da irregularidade). Nos casos de (b) **vínculos voluntários**, a constituição da relação processual é facultativa para as partes, por meio de *negócio jurídico*, firmado antes do surgimento do conflito (*e.g.* cláusulas de mediação, de

⁴¹² TARTUCE, *Mediação nos conflitos civis*, p. 230. Sublinhou-se.

⁴¹³ O atributo da autoexecutoriedade tem antecedentes na França, em que se distinguem a imediata exigibilidade das obrigações impostas por decisão da Administração, independentemente de prévia consulta ao Judiciário (*privilège du préalable*) e executoriedade das decisões administrativas pela própria Administração, até mesmo com uso da força, igualmente sem prévia autorização judicial (*privilège d'action d'office*): DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 208.

⁴¹⁴ Em sentido próximo, apontado que no julgamento feita por agência reguladora “é desnecessária qualquer concordância por parte dos interessados que se submetem à decisão, que possui auto-executoriedade própria das decisões administrativas”: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Mediação e arbitragem no setor de telecomunicações*, *Interesse Público*, v. VIII, n. 37, p. 65–68, 2006, p. 67.

arbitragem, de eleição de foro ou, como se tem visto em contratos administrativos, as “cláusulas de solução de conflitos” que escalonam esses métodos), depois (*e.g.* compromisso arbitral) ou mesmo para modificar uma relação processual já existente (*e.g.* calendarização no processo judicial: CPC, art. 191).

Essa distinção é aqui feita para não se cair na confusão que pode ser causada ao usar a expressão “**métodos consensuais**”, que é equívoca por não identificar se o consenso está no *método* ou na *solução*. Como visto, pode estar em apenas em um desses aspectos ou em ambos, o que é relevante pois as condicionantes legais são diversas, na medida em que seus objetos são diversos (no consenso sobre o *método*, trata-se de regular a relação processual; no consenso sobre a *solução*, trata-se de constituir, modificar ou extinguir relação diversa desta, ou, simplificada, trata-se de regular a relação material). Como já referido também, outras expressões podem causar confusões semelhantes, como a de “transação”, que pode tratar do *processo de transação* (CC, art. 817) ou do *contrato de transação* (CC, art. 840).⁴¹⁵

Em terceiro lugar, vale registrar os estudos de Frank Sander, que, ressaltando que a compatibilização entre método e conflito é “**mais arte que ciência**”, entende “que ‘o processo mais adequado’ também pode ser definido como aquele que melhor satisfaz os interesses de ambas as partes. O melhor retorno para ambas as partes é um resultado Pareto eficiente”.⁴¹⁶ Depois de levar tentativas de diversos autores em criar taxonomias de métodos e de formas de compatibilizá-los com conflitos, o autor observa que essa análise costuma ser feita primeiro olhando para os métodos disponíveis, para então tentar neles encaixar casos. Propõe, então, a alternativa inversa, ou seja, a de começar pela análise das características do conflito e a partir

⁴¹⁵ Assim, quando Heleno Taveira Torres afirma que “a transação, *per se*, não extingue o crédito; é simples mecanismo de resolução de conflitos que se presta para pôr fim ao litígio, mediante composição das partes”, entende-se que se refere ao *método*, ao *processo* de transação: TORRES, Heleno Taveira, Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa, *Revista de Direito Tributário*, n. 86, p. 40–64, 2003, p. 58. Daí ainda pode resultar um encontro de vontades, do Estado, condicionado pela lei, e do cidadão, que perfazem um acordo (cf. 2.2.3.b). — Sem usar a palavra “transação”, por outro lado, o art. 26 da LINDB encerra verdadeira autorização legal para que haja negócio (de mérito) transacional, até mesmo para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa”. Em sentido próximo: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, A Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O equilíbrio entre dinâmica e segurança jurídicas, *in*: CUNHA FILHO, Alexandre José Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.), *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 40–43.

⁴¹⁶ SANDER, Frank E. A.; ROZDEICZER, Lukasz, Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach, *Harvard Negotiation Law Review*, v. 11, p. 1–37, 2006.

dela inferir o método mais adequado.⁴¹⁷ Dado que essa opção exige customização artesanal, é de difícil replicação em larga escala. Entretanto, o próprio autor reconhece que é possível combinar essas perspectivas, de modo a qualificar a análise. Após confirmar suas impressões com referências empíricas, o autor propõe alguns quadros simplificados a fim de facilitar essa análise, que seguem resumidos no **Quadro 8**, em relação ao qual cabem algumas considerações, para devida compreensão.

De início, deve-se considerar que o autor concebeu tal quadro pensando sobretudo em conflitos entre particulares e no contexto dos EUA. Ademais, alerta para o fato de que, evidentemente, se trata de uma simplificação que comporta variações. Dentre elas, destacam-se aqui algumas que, acredita-se, teriam impacto especial no cenário da Administração Pública brasileira — sinalizadas no Quadro com as letras “a” a “f”. Assim, entende-se que (a) a celeridade da arbitragem, embora desejável, precisa de especial ressalva antes de ser afirmada genericamente, seja porque falta compilação de dados específicos sobre a Administração Pública,⁴¹⁸ em especial em contraposição à duração (b) do processo judicial que, no Brasil, tem grande variação a depender do caso, em margem que vai de 1 a 10 anos.⁴¹⁹ Igualmente, conforme ressalva já originalmente feita por Frank Sander, (c) os custos da arbitragem também podem ter grande variação, a depender da câmara perante a qual tramitar. Neste ponto, vale notar ainda, (d) quanto aos custos do processo judicial, que autores dos EUA costumam tratar desse ônus com ênfase particularmente maior que autores do Brasil, em que há subsídios de gratuidade de acesso, isenções para entes públicos e distribuição de honorários advocatícios diversas do sistema norte-americano. Quanto (e) à criação de precedentes, Frank Sander destaca que, embora a mediação, geralmente, não tenha esse papel, ela gera, sim, um paradigma que se coloca, em primeiro lugar, às próprias partes, regulando suas expectativas futuras. Além disso, (f) no âmbito administrativo, é de se esperar, como já comentado, que acordos sejam feitos com balizas de isonomia tais que esse aspecto também pode repercutir em

⁴¹⁷ SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B., *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, *Negotiation Journal*, v. 1, p. 49–68, 1994.

⁴¹⁸ Reporta-se que em grande câmaras de arbitragem brasileiras processos têm durado de 14 a 18 meses: LEMES, Selma Ferreira, *Arbitragem em números e valores (2020)*, Selma Lemes Advogados - Publicações, disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>>. acesso em: 22 out. 2022. No entanto, ao se consultar arbitragens em casos públicos em que a Administração Pública brasileira foi parte, há exemplos de prazos maiores, embora muitas veze

⁴¹⁹ BRASIL, *Justiça em Números 2020 (ano-base 2019)*, p. 47.

outros casos; de todo modo, vale reiterar que o produto da mediação não necessariamente é o acordo, de sorte que é também útil para o esclarecimento do conflito.

Quadro 8 – Adequação entre casos e métodos (Frank Sander)

	[<i>Problem-solving</i>] Mediação	[<i>Reality-checking</i>] Avaliação neutra de 3º	[<i>Adjudicating</i>] Arbitragem	Processo Judicial
<i>Necessidades do caso</i>				
Interlocução entre partes	●●●	●○○	○○○	○○○
Engajamento no processo	●●●	●●○	●●○	○○○
Expertise de terceiro	○○○	●●●	●●●	●○○
Ampla defesa e contraditório	○○○	●○○	●●●	●●●
Decisões centrais ou de alto escalão	●●○	●○○	○○○	○○○
Endereçamento de assuntos diversos	●●●	●○○	○○○	○○○
<i>Objetivo das partes</i>				
Celeridade	●●●	●○○	a	b
Minimização de custos	●●●	●●●	c	d
Publicização (sem prejuízo do controle do MP)	●○○	●●○	●●●	●●●
Neutralização de opiniões	●○○	●●○	●●●	●●●
Compreensão da disputa pelas partes	●●●	●●○	●●○	●○○
Manter relacionamento entre as partes	●●●	●○○	●○○	○○○
Criação de precedente para outros casos	e	●○○	●●○	●●●
Controle do processo	●●●	●●○	●●○	○○○
<i>Impedimentos para solução</i>				
Divergência sobre fatos	●●○	●●●	●●○	●●○
Divergência sobre o direito	●○○	○○○	●●○	●●○
Divergência no equilíbrio de poderes	●○○	●●●	●●○	●●○
Divergência de interesses cliente x advogado	●●○	●○○	●○○	●○○
<i>*Adicionando preocupações públicas</i>				
Controle na uniformização de resultados*	f	○○○	○○○	●●●

○○○ satisfaz pouco | ●○○ satisfaz de algum modo | ●●○ satisfaz razoavelmente | ●●● satisfaz substancialmente

Adaptado (*com inclusão de linha) de: SANDER-ROZDEICZER (2006)

4.2. MÉTODOS DE SOLUÇÃO EM CONFLITOS ADMINISTRATIVOS

4.2.1. Dimensão objetiva-substancial (do que se trata)

4.2.1.a. *Entre o objeto e o objetivo: quais os fins dos meios de solução de conflitos administrativos?*⁴²⁰

A ideia tradicional de adequação processual, como visto (cf. Introdução, ii.a), remete sobretudo à pertinência do processo como instrumento de realização do direito subjetivo material, com pensamento na cena em que dois indivíduos disputam um bem perante o Estado-juiz. Neste cenário, tem-se que terá cumprido sua missão o processo que fizer chegar, a quem de direito, o bem-da-vida disputado. Atualmente, porém, essa noção de bem juridicamente tutelado já se expande para abarcar não só a bem delineada hipótese de direitos subjetivos patrimoniais, mas também interesses mais difusos, aumentando a complexidade desse raciocínio, no setor público em especial.⁴²¹ Ademais, escopos maiores, até mesmo extraprocessuais e extrajurídicos, não são negados. Todavia, mesmo quando reconhecidos, costumam ser formulados com a usual distinção entre o interesse das partes e o da sociedade.

Concebe-se, por exemplo, que, por razões de *economia processual* — ou seja, de custo/benefício em mover a máquina estatal-judiciária —, a categoria do interesse de agir, regida pelo binômio necessidade-adequação, “como condição da ação, traduz-se, em última análise, na *coincidência entre o interesse do Estado e o do demandante*. É indispensável que (...) também para o Estado seja este em tese capaz de trazer vantagens (pacificação social, atuação da ordem jurídica etc.)”.⁴²² Assim, tem-se que “o mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto

⁴²⁰ A formulação da questão, nesses termos (“os fins dos meios de solução de conflitos”), foi feita pelo Professor Rodrigo Pagani de Souza, na banca de qualificação do projeto desta tese. Este tópico tenta responder também às provocações da Professora Daniela Gabbay, igualmente feitas na banca de qualificação, sobre a distinção entre Direito, políticas públicas gerais e políticas públicas setoriais.

⁴²¹ Cf. VITORELLI, Edilson, *Tipologia dos litígios transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*, *Revista de Processo*, v. 247, p. 353–384, 2015.

⁴²² DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*, São Paulo: Malheiros, 1988, p. 405. Itálico original. — Referindo-se ao tema no contexto da noção de economia processual: BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 374 e 368.

comunidade)”.⁴²³ Por tal motivo, há quem afirme que a *adequação processual* é matéria a ser tratada pelo legislador, ou seja, *antes* de se positivar formas jurídicas; após, caberiam apenas *adaptações*, dentro do que a lei permitir.⁴²⁴

Espera-se tal “coincidência de interesses” entre demandante e sociedade, com ainda mais razão, quando o próprio Estado é parte do processo. Curiosamente, mas não surpreendentemente, esse alinhamento do Estado consigo mesmo pode ser mais difícil de compreender. A quitação tributária ao final da execução fiscal basta para dizer que o Direito se fez realizado no caso concreto? Ainda que o custo do processo seja maior que o valor arrecadado?⁴²⁵ É no momento da entrega individualizada do medicamento, que o magistrado julgou indevidamente negado pela Administração, que se consuma a realização do interesse público? Ou quando se julga coletivamente as balizas do sistema público de saúde? O que o Estado (= sociedade) quer é seja executada a obra licitada ou evitar condutas oportunistas futuras?

Para endereçar essas questões, é preciso dar alguns passos para trás.

Conforme já sinalizado (cf. Introdução, ii.b), deve-se, em primeiro lugar, ter em vista que “a administração tem de ser planejada como sistema de processos de decisão”, diz Niklas Luhmann. Nesse sistema, alerta o autor, é preciso cuidado com “processos de decisão orientados para um objetivo”, já que o esforço para obter informações, consenso e cooperação “não é inofensivo”, pois “sobrecarrega a racionalidade da decisão”. Por outro lado, quando se adota uma “programação condicional das decisões administrativas”, consegue-se calibrar expectativas e desilusões ao longo do processo, evitando surpresas e conferindo “legitimação

⁴²³ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 157. Antes do trecho citado, os autores sustentam que: “A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a ideia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado”.

⁴²⁴ Assim, entendendo que o princípio da adequação tem como destinatário o legislador, ao passo que, ao juiz, seria dirigido o princípio da adaptabilidade ou elasticidade processual, que o permite flexibilizar, caso a caso, o procedimento “inadequado ou de reduzida utilidade”: GAJARDONI, *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, p. 203 (citação) e 248. No trecho, o autor resume suas concepções de flexibilidade procedimental: (a) legal genérica, (b) legal alternativa, (c) judicial; (d) voluntária.

⁴²⁵ Aliás, se os interesses patrimoniais e processuais do Estado são mesmo “meramente secundários”, no sentido de que sempre devem ceder a supostamente interesses não-patrimoniais e materiais “primários”, por que o Judiciário se ocupa de execuções fiscais quando ainda há outras demandas, supostamente mais importantes, a julgar? Cf. crítica ao conceito de interesses primários e secundários no tópico 2.2.1.a.

pelo procedimento”. Para que não haja aquela sobrecarga, porém, é preciso especificar funções, o que “exige (...) um alívio de outras funções, um alívio principalmente das funções de obter o consenso e de legitimar as decisões”. Graças a essa “diferenciação funcional”, “o sistema pode não apenas obter as vantagens da especialização de capacidades, como também deixar acontecer lado a lado contradições e pode operar simultaneamente sob premissas contraditórias e, por esse meio, aumentar o número de possibilidades de atuação”. Diante disso, escrevendo em 1969, o autor afirma: “nestas circunstâncias, a administração não devia encarar os seus processos como instituição para o alívio da jurisdição administrativa”.⁴²⁶

É natural que essas contradições se tornem maiores ou mais frequentes conforme aumentam as funções assumidas pela Administração Pública e os interesses tutelados pelo Direito, como ocorre no atual Estado contemporâneo, pluriclasse, que exerce não só antigas funções policiais, como também prestacionais e de fomento à solidariedade coletiva. Quando postas em juízo, tais incoerências, que convivem como imperativo de sobrevivência e funcionalidade do sistema, acabam se revelando e se chocando, como se fosse extraordinário o que, na verdade, é ordinário.

Nesse ponto, é importante notar, em segundo lugar, a diferença de perspectivas entre estudiosos do direito administrativo e os do processo civil. Estes, há muito, trabalham com a ideia de autonomia processual em relação ao direito material, ao passo que aqueles “vive[m] ainda com fortes sinais de sincretismo”,⁴²⁷ ou seja, sem se aprofundar na distinção entre a relação material e processual, conquanto o direito administrativo seja eminentemente processual.

Essa diferença de posturas tem reflexos práticos: quando as relações estatais são levadas a julgamento perante os tribunais, acostumados a enxergar processo apenas na relação jurisdicional, operadores do Direito acabam tratando o direito administrativo como se apenas material fosse (*e.g.* há direito subjetivo ao medicamento *vs.* há uma cadeia decisória donde se deduz se há, ou não, tal direito). Isso é um agravante particular quando se considera que, na tradição da processualística, tem-se que direito processual é o que “cuida das relações dos

⁴²⁶ O autor se refere à Alemanha, de jurisdição dual. Na passagem, reconhece, ainda, que faz parte dessa calibração de expectativas e desilusões o “isolamento de protestos”: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 165–175 e 199.

⁴²⁷ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 82. Para o autor, isso decorre do fato de não se olhar o processo administrativo segundo os parâmetros e estruturas conquistadas pela teoria geral do processo: “não o faz o processualistas, viciado em desenhá-lo [o “mero” processo administrativo]; nem o administrativista, formado em outro clima, raciocinando segundo outros parâmetros e estruturas”: (*Ibid.*, p. 82).

sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo (...) sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do *interesse primário das pessoas*".⁴²⁸ Preocupado em "realizar o direito material"⁴²⁹ e pouco dele encontrando, o juiz pode acabar relegando como "meramente secundário" boa parte do que dá densidade e concretude à relação administrativa, que é em muitos aspectos processual, apegando-se então na (mais confortável) abstração de princípios onde acredita estar o "verdadeiro direito substancial". Certamente, isso não contribui para a já baixa deferência judicial às decisões administrativas, no Brasil — menos ainda para o desapego à (já causadora de confusões) noção dos interesses primários e secundários.

O problema aqui, como se vê, não é só teórico. Tampouco se trata de pôr em dúvida a possibilidade de controle judicial da administração pública, até porque, em tese, o devido processo legal, como mandamento de racionalidade dos atos estatais, tem tanto dimensão procedimental (*procedural due process*) como substancial (*substantive due process*). O problema é de compreensão e de funcionamento do sistema. Sem extrapolar o recorte desta tese, na qual não cabe dissertar a respeito de conflitos de normas ou de subsistemas jurídicos,⁴³⁰ nota-se que, justamente por motivos de razoabilidade e de racionalidade limitada, não é possível tratar do tema em termos extremos. De um lado, conceber um Direito rigorosamente hierarquizado, hermético e matemático, não só é impraticável como as tentativas (em vão) de fazê-lo terão grave viés totalitário e antidemocrático (portanto, jurídicas não serão). Do outro lado, é igualmente inconcebível uma sociedade que não se organize em torno de regras mínimas, com os altos custos de transação de criar regras a cada ato novo. Discussões à parte, sobra o imperfeito, incoerente e já conhecido sistema de interação entre instituições jurídicas e políticas (cf. 3.2.2.a).

Dentro das balizas constitucionais, pode-se até (*rectius*: deve-se) discutir diferentes formas de implementar esse desenho, criticar e rever as formas postas e pensar e testar

⁴²⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 49. Itálico acrescentado.

⁴²⁹ Sobretudo à vista do art. 6º do novo CPC, que consagra a primazia do julgamento de mérito, o que, nas relações civis em geral, costuma tratar do "direito material", noção não tão clara nas relações administrativas (*e.g.* mérito administrativo é material ou processual?). Mesmo no direito privado, no entanto, não se nega a existência de *pontos de estrangulamento* entre esses dois planos, "ou seja, dispositivo e institutos com aparência e tradicional tratamento substancial, sendo processuais: trata-se das condições da ação, da disciplina da prova e da responsabilidade patrimonial": DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 375.

⁴³⁰ Para tanto, reporta-se a: BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, Barueri: Manole, 2007, p. 111 (tratando do fato de que ora o Direito se preocupa com a coexistência de direitos individuais divergentes, ora com objetivos comuns). Vide, ainda, o retro citado: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 165–175 e 199.

outras, como, com efeito, tem sido feito em reformas como as do CPC/2015, da Lei de Arbitragem, da Lei de Mediação, bem como de leis locais que têm incentivado a desjudicialização de demandas fazendárias e o uso de métodos alternativos ao judicial. É preciso, no entanto, admitir que se trata de escolhas, com seus acertos e erros, que são inerentes ao sistema, não se podendo apontar para estes como extraordinários.

Com isso em vista, volta-se à questão original: o que se quer do método?

A resposta, como visto, não virá de um raciocínio emulado do direito “material” privado em que um interesse é excludente de outro. Tampouco há, nas relações públicas, uma fórmula cartesiana donde se extraia o ponto de encontro entre conflitos de interesses concretos com interesses públicos abstratos (*e.g.* cobrar cada tributo, porque devido *vs.* ignorar quaisquer créditos tributários de valor abaixo do custo do processo). Por isso mesmo, o raciocínio que se propõe a adotar é “processual”, no sentido de que deve ser *escolhido* um conjunto de processos cujo resultado agregado, com suas falhas e contradições, seja razoavelmente condizente com as metas sociais.

Numa perspectiva de **política geral de solução de conflitos administrativos**, isso remete, preliminarmente, à ideia de que os métodos de solução de conflitos devem objetivar *externalidades sociais positivas* (cf. 3.1.2), pois, se isso é verdade até mesmo na regulação de conflitos entre particulares, com ainda mais razão deve ser quando o Estado é parte da controvérsia. Evidentemente, dado que *externalidades* se conceituam como “efeitos positivos ou negativos gerados para a sociedade, ignorados por aquele que os produzem”,⁴³¹ é mesmo redundante afirmar que o Estado, corporificação da própria sociedade, deve buscar “externalizar” efeitos para si próprio. Tal redundância, porém, tem sua função didática e é própria da noção de Estado, a exemplo da igualmente redundante afirmação de que o “Estado se sujeita ao Direito”.⁴³² O que se quer dizer, por óbvio, é que, figurativamente, pensando a máquina estatal como um sistema diferenciado de outros sistemas sociais,⁴³³ deve aquela produzir resultados que se externalizem de modo positivos para estes. Nesse sentido é que se

⁴³¹ YEUNG, Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e “efeitos bumerangues”, p. 338.

⁴³² Cf. 1.2.2.a. Trata-se dos sentidos subjetivo (Estado sinônimo de sociedade politicamente organizada) e objetivo (Estado sinônimo de ordenamento jurídico, Direito). Refere-se, esta última, à questão da auto-obrigação do Estado, entendida como um pseudoproblema por: KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 199–200.

⁴³³ Valendo-se, evidentemente, da noção de sistemas de: LUHMANN, *Sistemas sociais*, p. 347 (apontando, em sentido próximo, que esse tipo de contradições de fato não necessariamente são contradições teóricas, lógicas).

diz que os *fins dos meios* de solução de conflitos administrativos deve ser a geração de *externalidades positivas* para a sociedade.

Ainda nesta perspectiva, é de se esperar que os contornos gerais das “externalidades positivas” esperadas sejam delineados no plano político-abstrato de criação do Direito, a exemplo do próprio CPC ou mesmo leis que estruturam genericamente a atuação contenciosa da Administração, como as Leis Orgânicas das Advocacias Públicas (cf. 3.2.3). Carece-se, ainda, no entanto, que esse tipo de legislação se atenha ao fato de que as condutas que regulam têm impactos sistêmicos, que não estão dissociados dos objetivos constitucionais comuns a toda atuação estatal — a começar pelos objetivos fundamentais da República: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º).

Não é novidade, na ciência jurídica, que a partir desses vagos objetivos desdobrem-se decisões nos níveis seguintes, legais e infralegais, detalhando tais metas. Também não é novidade que a autorregulação dos indivíduos (no que se inclui a autocomposição) e que o exercício da jurisdição complementa (ou suplementa) essa cadeia decisória, acrescentando uma camada no processo de criação do Direito.⁴³⁴ Nem que “o *poder* exercido pela Administração através dele [o processo] é o mesmo poder que os juízes exercem *sub specie jurisdictionis*”,⁴³⁵ ambos, nesse sentido, veículos de criação de utilidades públicas.⁴³⁶ É preciso restaurar, entretanto, a lembrança de que todo esse sistema está voltado a *objetivos comuns*. Conquanto ainda possam ser amadurecidos com ferramentas como a citada análise de impacto legislativo (cf. 2.1.2), o parlamento nacional já mostra alguns sinais nesse sentido, como ao justificar a reforma da Lei de Arbitragem:

⁴³⁴ “A função judicial é, como a legislação, tanto criação quanto aplicação de Direito. (...) essa é uma diferença apenas de grau. (...) estatutos e as leis consuetudinárias são, por assim dizer, apenas produtos semimanufaturados (...). Trata-se de um processo de individualização e concretização constante e crescente. (...) [o tribunal] não “busca” e “acha” apenas o Direito que existe antes da decisão (...). Formulando isso de um modo paradoxalmente preciso, poderíamos dizer que os fatos condicionantes ‘criam’ juridicamente esses fatos [jurídicos]”: KELSEN, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 196–198.

⁴³⁵ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 83.

⁴³⁶ O processo administrativo “é também veículo para a criação da utilidade pública, para produção de decisões que não estão antecipadamente dadas. Em suma, o processo administrativo também tem semelhanças com o legislativo”: SUNDFELD, *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*, p. 45.

O PLS nº 406, de 2013, amplia o campo de aplicação da arbitragem, o que deverá ter impacto positivo na diminuição de demandas judiciais. O projeto prevê a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes de contratos firmados por empresas com a Administração Pública, o que contribui para incentivar investimentos no Brasil, ao aumentar a confiança dos investidores, nacionais ou estrangeiros, que terão a certeza de resolver rapidamente eventuais conflitos que surgirem.⁴³⁷

Essa noção era menos relevante quando o processo judicial era visto como caminho natural e único, contexto em que se desenvolveu uma concepção de processo civil de vocação *transubstancial*, isto é, um método padrão que abarcasse virtualmente qualquer conflito submetido ao Estado (“*one size fits all*”), o qual, porém, na verdade, filtrava o conflito de modo a deixar de fora diversas questões de importância social, falhando, portanto, no propósito de alcançar objetivos maiores.⁴³⁸ Nesse sentido, à parte de outras considerações institucionais (cf. 3.2.2) e do reconhecimento de que se trata de iniciativas pioneiras nesse assunto, é preciso avançar em programas, como os instituídos pela “Política de Desjudicialização” do Município de São Paulo (Lei 17.324/2020) e pela “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” instituída pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, que incentivam o uso geral de métodos “consensuais”, com expresse foco na redução do volume de demandas ajuizadas, dando pouca atenção para a necessidade de se discriminar casos e dar-lhes o correspondente endereçamento mais adequado.

Não se quer dizer que objetivos gerenciais, como o descongestionamento judiciário, não possam ser priorizados, mas sim que essa priorização deve ter conexão com objetivos sociais, de preferência com lastro em evidências empíricas. Os esforços do Poder Judiciário brasileiro em levantar dados e dar respostas ao sentimento geral de morosidade e ineficiência da Justiça são notórios e inegáveis.⁴³⁹ Já é fase de avançar. É de se notar também, conforme reiterado ao longo deste trabalho, o relativo atraso dos entes do Poder Executivo em levantar tais dados, o que demanda a conscientização de que investimentos são necessários nesse âmbito. Ainda nesse contexto mais amplo, cabe lembrar também (cf. Introdução, ii.b) um papel, por vezes negligenciado, em relação ao conflito: trata-se de momento de particular interação direta entre as partes, em que o processo exerce função de via de comunicação;

⁴³⁷ BRASIL, Senado Federal; VITAL DO REGO, Senador, *Parecer nº 1.545, de 2013*, Brasília: Senado Federal, Comissão de Constituição e Justiça, 2013, p. 5. O Projeto de Lei do Senado nº 406, de 2013, resultou na Lei 12.129/2015, que reformou Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996).

⁴³⁸ Nesse sentido: SALLES, *Execução judicial em matéria ambiental*, p. 303.

⁴³⁹ Por todos, citem-se os dados, alguns deles detalhados ao longo da tese, constantes em: BRASIL, *Pesquisas Judiciárias*.

tratando-se de controvérsia administrativa, isso se traduz em uma especial oportunidade de interlocução direta entre Estado e indivíduo, de modo que investir nesse *acolhimento*⁴⁴⁰ é também um modo de atingir o objetivo de dar um tratamento mais digno aos cidadãos, prestigiar o caráter democrático dessa relação e, por meio de processos que proporcionem efetiva escuta ativa, aumentar a eficiência e a qualidade na prestação do serviço público.

Numa perspectiva de **política setorial de solução de conflitos administrativos**, tais objetivos devem ser ainda mais detalhados. Igualmente aqui se vê o legislador brasileiro engatinhando em direção a essa compreensão. Neste ponto, um aspecto a atentar é que, em motivações legislativas, não raramente se encontram justificativas da adoção de um método com fundamento no defeito de outro — *e.g.* propõe-se mediação e arbitragem *porque* o judiciário é lento ou *porque* se quer descongestioná-lo —, o que não pode ser considerado como uma análise *adequada*, já que, conforme exposto, as (inevitáveis) falhas de um método em si pouco querem dizer, de modo que sua correção não vale como objetivo autônomo, mas apenas na medida em que estiver associada ao atingimento de objetivos constitucionais (a serem apontados com um mínimo delineamento, pelo menos); ademais, especialmente quando a correção implica deslocamento de demandas para outro método, é preciso fazer um exercício comparativo, de preferência, com referencial empírico, não sendo adequado presumir qualidades “intrínsecas” de um método — pautada em análise institucional “isolada”, em vez de “comparada”⁴⁴¹ — como se vê, dentre outros exemplos,⁴⁴² no apontamento de “indiscutível rapidez” da mediação e da arbitragem na exposição de motivos do projeto que deu origem à Lei 13.867/2019, que reformou o marco legal das desapropriações por utilidade pública (Decreto-Lei 3.365/1941):

“O que se vê, na realidade, são inúmeras desapropriações que duram anos, em razão da lentidão dos processos judiciais. (...) Isso porque trata-se de meios alternativos à solução de conflitos, em substituição à via judicial no Brasil,

⁴⁴⁰ Vale-se aqui de expressão usada em relatórios do Mediador da República francês (*accueil*): cf. 3.3.1.2

⁴⁴¹ Criticando a análise institucional baseada nos atributos de uma só alternativa (“análise institucional singular”, em inglês, *single institutional analysis*), “paradoxalmente” feita em estudos de “análises econômicas ortodoxas da escolha institucional [que] são comumente executadas de maneira não-econômica”, pois “focam em apenas uma instituição”, sem o devido “exame paralelo dos mercados ou tribunais substituídos”, e em que, “no máximo, há um reconhecimento superficial de que as alternativas têm custos sem o reconhecimento de que as mesmas condições que produzem imperfeições na instituição de interesse produzem problemas paralelos nas alternativas”, de modo que “a análise institucional singular é uma análise ruim; mas é, especialmente, uma análise *econômica* ruim”: KOMESAR, The logic of the Law and the essence of Economics, p. 299; KOMESAR, Neil K., Reflections on the Essence of Economics, the Character of Courts, the Role of Ideology, and the Reform of Legal Education, *Law & Social Inquiry*, v. 29, n. 1, p. 291–298, 2004, p. 292.

⁴⁴² O já citado Projeto de Lei do Senado nº 406, de 2013, por exemplo, presume que a arbitragem é capaz de “transmitir confiança ao investidor estrangeiro, notadamente quando se tem em mente grandes obras e eventos de nível mundial”, sem declinar referencial empírico.

visto que com a sua utilização as partes consentem e convencionam dirimir suas controvérsias por meio de mediadores e árbitros. Além de descongestionar o Poder Judiciário, a possibilidade de mediação e a sentença arbitral possibilitam [resolver o conflito] com indiscutível rapidez por mediadores e árbitros especializados, viabilizando uma resolução mais célere do processo de desapropriação, com a consequente definição do valor de indenização a ser pago ao particular e a disponibilização do bem a ser desapropriado para atendimento do interesse público. Urge, pois, buscar alternativas no sentido de tornar o procedimento mais simples, menos demorado e mais eficiente”.⁴⁴³

Em um nível ainda maior de detalhe, seria desejável analisar as escolhas de métodos de solução de conflitos administrativos à luz de políticas públicas e objetivos específicos. Em miúdos, isso implicará a definição de prioridades e o alinhamento destas com os resultados possíveis a partir dos mecanismos disponíveis — respeitando, obviamente, direitos fundamentais e o devido processo legal. Assim, por exemplo, no momento de crise fiscal, pode ser preciso investir esforços em mecanismos de arrecadação imediata, ao passo que, em outros momentos, pode-se priorizar a sustentabilidade tributária no longo prazo; por consequência, é preciso olhar para o resultado agregados dos mecanismos disponíveis, questionando-se, por exemplo, se desjudicializar execuções fiscais mediante acordos tributárias produz resultados mais condizentes com um ou outro cenário, ou até mesmo se é indiferente para esses fins, perquirindo-se ainda se há outros mecanismos mais eficientes para os objetivos almejados. Nesse sentido, valendo-se de outro exemplo, cabe comparar os efeitos da judicialização em comparação à celebração extrajudicial de termos de ajustamento de condutas firmados em matéria ambiental, questionando-se qual é mais condizente com o atingimento de metas de proteção do meio-ambiente e com a realização do direito aplicável.⁴⁴⁴ Na Parte II do trabalho, tenta-se exercitar com mais profundidade esse raciocínio.

Por ora, propõe-se que tanto na formulação de normas jurídicas abstratas como nos planos de ação mais concretos das políticas públicas a solução de conflitos administrativos seja vista como uma ação estatal a ser *programada*: um *concerto* de ações estatais (legislativas, administrativas e jurisdicionais inclusive) que requer constantes *consertos*, pautados por uma racionalidade direcionada ao atingimento dos mesmos objetivos constitucionais, cujo cumprimento requer constante revisão, calibração e correção. Embora no varejo do dia a dia

⁴⁴³ BRASIL; CURY, *Parecer do relator ao PL 10.061/2018*. Sublinhou-se.

⁴⁴⁴ Concluindo, com base empírica, que Termos de Ajustamento de Condutas têm sido utilizados pelo Ministério Público como uma “espécie de ato normativo negociado e em substituição ou complementação ao exercício do poder de polícia”, com riscos de distanciamento ao regime jurídico aplicável, baixa exequibilidade, e criação de um órgão regulador paralelo ao órgão ambiental originalmente competente: LEITE, Fernanda Piccinin, *Desconstrução da natureza regulamentar dos termos de ajustamento de conduta (TACs)*, Mestrado (Direito), Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020, p. 68–69.

trabalhe-se com “objetos” individualizados, que em tese levam ao cumprimento de “metas” de aparência “material” (*e.g.* dando a cada um o que é seu até dia em que se cumprirá a meta da igualdade total), na realidade, o que se está materializando é um plexo processual que visa às mesmas metas, cujo conteúdo também não deixa de ser um flutuante eminentemente processual.

Antes de prosseguir, é preciso trazer também o ponto de vista do cidadão que litiga contra o Estado. Como dito, não se tem aqui pretensão de discutir a complexa questão sobre a diferença entre “direito processual administrativo” e “direito material administrativo”, ou a natureza dos direitos subjetivos públicos. Em breves linhas, seria imaturo (senão ilegítimo) esperar que, havendo como pleitear algo ao Estado (*e.g.* um medicamento), o cidadão se voluntariasse ao sacrifício de renunciar à sua pretensão. Se o Direito dá os meios, cidadãos e seus advogados vão usá-los.⁴⁴⁵ Cabe ao legislador e demais formuladores de políticas públicas preocupar-se com a calibração dos incentivos e a correção das incoerências do sistema jurídico-político. Ao eventual julgador, confia-se a sensibilidade de sopesar em que medida o exercício da sua competência de decidir, no caso concreto, equivale a uma válvula de escape, admitida para reduzir a pressão no sistema, ou equivale a efetiva regulação que transcende o caso individual — razão por que é tão importante escolher quem decide (cf. 3.2.2.a).

4.2.1.b. O “objeto” a ser resolvido: micro-conflitos, macro-problemas

À vista do exposto, pode-se perceber, reiteradamente, que a Administração Pública é obrigada a manter um olho no caso individual e, ao mesmo tempo, outro olho no conjunto maior de problemas em que aquele caso se insere. Como mencionado (cf. 1.2.3.b), nas demandas judicializadas, tem-se identificado que, mesmo em demandas que não são de natureza transindividual, é possível que casos individuais tenham repercussões de interesse social, em especial quando repetitivos, o que tem levado alguns autores a vislumbrar uma **macrolide** por trás das **microlides**, cuja expressão processual “é apenas ilusoriamente individual”.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Tal argumento é recorrentemente sustentado, em suas aulas, pelo Professor Carlos Alberto Carmona, ao criticar tentativas ampliativas de enquadramento, como “abuso” ou “demanda frívola”, do uso esperado dos meios disponíveis pelo sistema jurídico.

⁴⁴⁶ BENETI, Assunção de competência e fast-track recursal, p. 10. Tal conceito, segundo o autor, é típico de “entes jurídicos de intensa prática negocial repetitiva, geralmente (...), no âmbito público, pelo relacionamento

Formas tradicionais de tratamento de conflitos, notadamente sob o modelo judicial, tendem à abordagem individualizada: a cada caso, os agentes se comportam como se fosse situação inédita; o cidadão expõe individualmente sua situação, a Administração responde individualmente *aquele caso*, o juiz pondera as nuances *daquelas petições* e, ao final, decide *inter partes*. Não é novidade, porém, que, especialmente em demandas repetitivas, esse “ineditismo” é ficto: embora o cidadão tenha para si que seu caso é único, seu advogado não o tratará dessa forma, aproveitando peças jurídicas de outros casos, assim como fará a Administração e não diferentemente o juiz. Trata-se, para esses *atores habituais* do litígio (*repeat players*⁴⁴⁷), de verdadeiras condutas de atacado em um jogo desenhado para o varejo; não por acaso, reformas processuais têm tentado dar luz às referidas macrolides, mediante mecanismos de aglutinação de demandas, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 976), ou de casos que, mesmo sem repetição em múltiplos processos, tenha questão de direito com grande repercussão social, como no incidente de assunção de competência (CPC, art. 947).⁴⁴⁸

Como se vê, tal fenômeno não acontece apenas com “lides” judicializadas. No âmbito administrativo, é natural que se repitam inúmeros requerimentos administrativos (os quais, aliás, provavelmente só serão um dia formalizados judicialmente na minoria dos casos), de modo que é possível se falar em “macro” e “micro” conflitos também nessa seara.

Conforme se verá (Capítulo 5), ainda, há casos, como o da prestação de serviços de saúde e fornecimento de insumos médicos, que, na perspectiva micro (discussão tratada como direito subjetivo individual à saúde), o conflito individual ganha feições que dificultam a visualização de alguns problemas maiores que estão por trás, como questões de distributividade, de crise de deferência judicial às decisões administrativas, a complexidade da repartição de receitas *vis à vis* à repartição de competências federativas, a desorganização orçamentária, a omissão administrativa, e até mesmo o incentivo à substituição da decisão administrativa pela

jurídico decorrente de situações administrativas e tributárias que produzam consequências à pluralidade de sujeitos” (p. 10), razão porque essa noção pode ser usada, em linhas gerais, na presente tese. —Apontando que “as características da macrolide que foram afirmadas pelo referido autor, contudo, não fazem sentido quando se pensa nos litígios que são ajuizados contra múltiplos indivíduos, pois embora possam ser marcados também! pela sazonalidade como reflexo do contexto econômico do país, não buscam propriamente uma solução comum, já que estão ligadas geralmente ao inadimplemento”: GUIMARÃES, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*, p. 110.

⁴⁴⁷ A expressão é de: GALANTER, *Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change*.

⁴⁴⁸ Cf. GUIMARÃES, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*, p. 110. — Em sentido próximo, tratando de “litígios de interesse público”: CHAYES, *The role of the judge in public law litigation*.

judicial. Trata-se de questões que não se ajustam à discussão nos moldes do processo judicial, de modo que mesmo se realizada a agregação de demandas haverá dificuldades em endereçá-las.

Nesses termos, sequer é possível afirmar que há verdadeira coincidência do “objeto” a ser julgado no caso individual e o problema “macro” a ser resolvido pela Administração Pública. Não se trata de novidade que o método pode filtrar de tal forma o conflito que ele tenha suas feições ocultadas ou mesmo alteradas. “O conflito de interesses não entra para o processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu pedido”.⁴⁴⁹ No atual contexto da sociedade pluriclasse, de tutela jurídica de direitos difusos e de métodos que se abrem para abraçar controvérsias de extensões, profundidades e naturezas das mais variadas, esse fenômeno ganha ainda mais complexidade.

Essas aberturas variam tanto de um “método” para outro, como em função dos diferentes desenhos que um mesmo método pode ter. O processo judicial, por exemplo, embora sempre limitado ao pedido e às causas de pedir, pode ser arejado com informações sobre a “repercussão social da controvérsia”, ouvindo-se *amicus curiae* (CPC, art. 138), cuja admissão implica decisão, pelo juiz, sobre a *adequação*, para o caso concreto, de se tornar a coleta de informações mais aberta *em comparação* com as ações em que não há *amicus curiae*, *ponderando-se* o impacto que isso trará na celeridade do processo, entre outros impactos possíveis. O processo legislativo, por outro lado, objetivando dar vazão ao amplo debate democrático, já tem como padrão uma abertura maior para discussões, com maior flexibilidade para modular seu escopo ao longo do procedimento; ainda assim, só se conclui depois de tomada a decisão sobre a extensão do tema a ser deliberado. Processos administrativos, por sua vez, têm uma variedade ainda maior de extensões possíveis, dos mais amplos (*e.g.* com audiências públicas, com objetivo de diminuir assimetrias de informação) aos mais estritos (*e.g.* processo disciplinar, com o objetivo garantista de que fatos estranhos aos imputados não contaminem a decisão). Ao se pensar em “alternar” ou “adequar” métodos de solução de conflitos, portanto, deve-se ponderar o que se objetiva com as diferentes aberturas de escopo que, inevitavelmente, ocorrem.

⁴⁴⁹ LIEBMAN, Eurico Tullio, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo: Bestbook, 1947, p. 107. No trecho, o autor trata do isolamento do conflito jurídico ao conflito sociológico.

Há casos, porém, em que não bastará a adaptação de rito procedimental. Podem ser necessárias revisões mais profundas, como a adoção de *reformas estruturais*, segundo alguns possíveis de serem conduzidas pelo próprio Judiciário (cf. 3.3.2.a), além, claro, de iniciativas no próprio âmbito administrativo ou mesmo, especialmente em vista das questões federativas colocadas, no nível da legislação nacional ou até da reforma constitucional. A questão desloca-se, mais uma vez, para a discussão institucional.

4.2.2. Dimensão subjetiva-institucional (quem joga e quem dá as cartas)

4.2.2.a. Quem decide o que é “adequado”?

Conforme visto até aqui, diversos são os pontos cegos em que a falta de objetividade ou de previsibilidade dos critérios de decisão deslocam o problema para *quem* toma a decisão. Trata-se de ponto relevante pois, em razão das alçadas de competência e das capacidades institucionais, a influência desse aspecto é tal que, na expressão de Neil Komesar, “a decisão sobre quem decide é realmente uma decisão sobre *o que* se decide”.⁴⁵⁰ O autor aponta que essas decisões costumam ser tratadas em três grandes “instituições” — o mercado, a política e a adjudicação —, cujas “habilidades relativas” precisam ser comparadas, a fim de que essa *escolha* quanto à distribuição do poder de decisão reflita o respectivo vínculo com os objetivos sociais; nesse sentido, o Direito Constitucional trata essencialmente de responder a essa questão de *escolha institucional*, o que faz não só ao optar entre processos políticos e processos jurídico-formais (notadamente o judicial), mas também ao fazer a escolha (política) de não-intervenção, deixando ao mercado a livre tomada de algumas decisões.⁴⁵¹

Nessa linha de raciocínio, preliminarmente, tem-se que observar as escolhas feitas pela Constituição do Brasil. Sem extrapolar o escopo desta tese, é possível afirmar, em apertada síntese, que foi atribuída à discricionariedade legislativa-administrativa a programação

⁴⁵⁰ No original: “(...) the decision of who decides is really a decision of *what* decides”: KOMESAR, *Imperfect alternatives*, p. 3.

⁴⁵¹ KOMESAR, *The logic of the Law and the essence of Economics*, p. 267–269; 284. O autor aponta que essas instituições comportam diversas subcategorias, como as firmas, as famílias e as comunidades no mercado, a legislação, a execução e a administração na política, e os processos de direito constitucional, administrativo e comum na adjudicação: *Ibid.*, p. 286.

de políticas públicas (*e.g.* CF, art. 174) e ao Judiciário a apreciação de ameaças ou lesões a direitos em geral (CF, art. 5º, XXXV). Como se sabe, no contexto de redemocratização, a CF/1988 visou a reforçar o sistema de pesos e contrapesos entre os Poderes, confiando na inafastabilidade da jurisdição, munida de um arsenal de demandas com status constitucional (*e.g.* mandados de segurança e de injunção, ação popular e ação civil pública), a garantia de que os cidadãos pudessem não só se proteger contra a autoridade do Estado, como participar de sua fiscalização e reivindicar direitos, de modo que, em certa medida, a “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou”.⁴⁵² Por isso, é preciso cuidado ante de se acusar suposto “excesso de litigiosidade” — até porque o problema pode não ser de demanda, mas de oferta, ou seja, da (in)capacidade das estruturas institucionais existentes absolverem os conflitos que a realidade coloca.⁴⁵³

As demais escolhas se darão dentro das balizas constitucionais. Estas, no Brasil, amolduram um sistema de jurisdição una, em que *não há reserva de jurisdição administrativa* que obrigue a solução de litígios do Estado-administração pelo Estado-juiz — ao contrário dos países de jurisdição dual: cf. 3.3.1. Em regra, tampouco há *dever de judicializar controvérsias administrativas*.⁴⁵⁴ Talvez uma exceção seja a condenação judiciária de obrigações de pagar quantia certa, cujo regime dos precatórios (CF, art. 100) se aplica não só para demandas já em curso perante o Poder Judiciário, mas também para as sentenças arbitrais, que têm igual natureza de título executivo *judicial* (CPC, art. 515, VII); neste caso, exceto se houver garantia pré-constituída que abarque a condenação (que também pode ser prevista para cobrir condenações judiciais), haverá um *processo necessário*, já que a legislação não dispõe de outro meio de processar esse pagamento de título executivo judicial senão deprecando-o ao Presidente do Tribunal competente por gerir a respectiva verba orçamentária.⁴⁵⁵

⁴⁵² Cf. BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 22. — Discutindo o tema e vislumbrando “graus de controle judiciário em matéria constitucional”, de iria desde a inexistência de controle (função de governo), passando pelo controle mínimo (exercício de jurisdição pelo Legislativo), controle médio-fraco (atos *interna corporis* e controle de constitucionalidade fundado em princípios), controle médio-forte (controle de constitucionalidade fundado em regras e atos administrativos discricionários) e controle máximo (atos administrativos vinculados): RAMOS, *Ativismo judicial*, p. 151–167.

⁴⁵³ Nesse sentido: KOMESAR, *The logic of the Law and the essence of Economics*, p. 268..

⁴⁵⁴ Cf. SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 295–298. Com base na ausência de reserva de jurisdição *ratione personae* na Constituição brasileira, o autor deduz a possibilidade de a Administração Pública sujeitar-se à arbitragem “privada” (*ibidem*).

⁴⁵⁵ Aprofundando esse discussão: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública (2019)*, p. 284.

Neste ponto, sem aprofundar o assunto, fazem-se algumas considerações. Ao contrário do propagado, *não* se trata de sistema exclusivamente brasileiro: dezenas de países têm sistemas parecidos, de prévia autorização legislativa para realização do pagamento e, evidentemente, de encaixe do pagamento no orçamento público.⁴⁵⁶ No Brasil, chama atenção a junção de dois fatores: (i) o histórico de décadas de atrasos e de reiteradas moras de pagamento, aprovadas por emendas constitucionais, fazendo com que essa questão já não seja um problema que se impute apenas às gestões atuais da Administração, o que dilui a responsabilidade (*accountability*), já que o assunto acaba despersonalizado; (ii) o fato de que o constituinte derivado optou por confiar ao próprio Poder Judiciário a **atividade administrativa de pagamento dos precatórios** (CF, art. 100, §6º),⁴⁵⁷ separando-a, portanto, do Poder Executivo, que, em geral, é o coordenador das atividades que *causaram* o precatório. Deste modo, a questão se torna um assunto monolítico e de responsáveis indeterminados. Pouco se discute *quais controvérsias* então gerando essas dívidas. Ademais, embora os três Poderes participem do processo de elaboração orçamentária, na medida em que esse assunto é tratado de forma monolítica e centralizada, tampouco há um retorno (*feedback*) que faça com que os órgãos setoriais responsáveis pelas respectivas controvérsias “internalizem” o efeito da sua litigância; desse ponto de vista, pode-se dizer que esse sistema permite que as consequências dos atos dos agentes públicos que geraram a condenação sejam “externalizadas” para fora de seus âmbito de gestão, tornando-os menos responsivos. Ressalve-se que tal percepção ainda carece de aprofundamento⁴⁵⁸ e de pesquisas empíricas; conquanto se tenha avançado no mapeamento da litigância administrativa (cf. 1.2.1.a), não se tem notícia de mecanismos de “internalização” do custo da litigância ao setor estatal que o provocou.⁴⁵⁹ Assim, ao menos com base no texto

⁴⁵⁶ FAIM FILHO, Eurípedes Gomes, *Requisitórios, Precatórios e Requisições de Pequeno Valor: Um Tema de Direito Financeiro.*, Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 250.

⁴⁵⁷ Vide Súmula 733 do STF: “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”. Súmula 311 do STJ: “Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”.

⁴⁵⁸ Uma das questões seria o fato de que obrigar o governante atual a arcar com a dívida criada pelos anteriores restringiria a capacidade daquele em realizar as pautas pelas quais foi eleito. As emendas moratórias (cujos termos abrem margem para outras discussões) são uma tentativa de equacionar esse problema. De todo modo, esse custo é socializado de alguma forma; atualmente, a escolha tem sido em socializá-lo na forma de mora.

⁴⁵⁹ Ao menos no governo federal, ao que parece, as condenações decorrem sobretudo de controvérsias relacionadas ao regime de pessoal, o que é coerente com a constatação de que as matérias previdenciária e de servidores públicos são as predominantes (ao lado das tributárias) na litigância administrativa (cf. 1.2.1.a). Ao se olhar para a Lei Orçamentária de 2022 do governo federal, nota-se que há uma divisão de precatórios por autarquia, mas não por ministério ou sub-órgãos; ademais, embora haja listagem específica dos precatórios pagos a cada ano com indicação de assuntos conforme classificados pelo Judiciário, a falta de padronização dificulta a compreensão. Com essa ressalva, constata-se a predominância de assuntos que fazem referência a

constitucional e na legislação ordinária, vê-se um sistema que não se preocupa em criar incentivos de responsividade e de cooperação⁴⁶⁰ — o que pode representar um interessante espaço para mudanças, até mesmo no nível constitucional, nos desenhos institucionais afeitos à litigância da Administração brasileira.

No plano infraconstitucional, abre-se uma miríade de possibilidades, que podem ser resumidas em torno da atuação dos três Poderes. Lembre-se, porém, que a separação dos *poderes* não se confunde com separação dos *efeitos* dos atos de cada Poder. Conforme se verá, ademais, as balizas constitucionais dão relativo espaço para que, independentemente de previsão legislativa, sejam realizadas iniciativas voltadas à *programação* da atuação conflituosa do Estado.

Ao Poder Legislativo, como instância mais plural da democracia, cabe, por excelência, fazer ou ao menos direcionar *escolhas*, especialmente nos casos em que a adesão a um ou outro método implique resultados que atingem a sociedade de modo diverso. No Brasil, no âmbito judicial, pode-se até dizer que há efetivas escolhas políticas, como a criação de juizados especiais fazendários, que presumidamente atendem ao objetivo de facilitação de acesso à Justiça. Trata-se, porém, de um foco na “adequação” procedimental, (ao menos aparentemente) sem sopesamento de alternativas. No âmbito extrajudicial, por sua vez, tem-se verificado mais um papel de genérica validação do cardápio de alternativas do que de escolhas institucionais. Exceto pela adesão à pauta da desjudicialização, expressa em algumas exposições de motivos legislativas, pouco se veem escolhas políticas conscientes e, menos ainda, subsidiadas por dados empíricos criteriosos.⁴⁶¹

“aposentadoria”, “servidor público”, “vantagens remuneratórias”, entre outros assuntos que dizem respeito ao regime de pessoal: BRASIL, Câmara dos Deputados, *LOA 2022 - Proposta do Poder Executivo - Precatórios*, Portal da Câmara dos Deputados, disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa/2022/tramitacao/proposta-do-poder-executivo/loa2022-precatorios>>. acesso em: 3 jan. 2023.

⁴⁶⁰ Sob uma perspectiva de cooperação, é possível vislumbrar que, sem *feedback* da litigância que o agente público criou, não há por que ele mudar sua estratégia de “externalizar” esse custo para os fundos dos precatórios. — A propósito da cooperação, registre-se que são referência, na análise econômica do Direito, a *teoria dos jogos* e *equilíbrio de Nash*.

⁴⁶¹ Vide: BRASIL, *Exposição de Motivos (Anteprojeto do NCPC)*; BRASIL, AGU e Ministério da Economia; MENDONÇA, André Luiz de Almeida; GUEDES, Paulo Roberto Nunes, *Exposição de Motivos Interministerial nº 00268/2019 ME AGU (à Medida Provisória nº 899/2019)*, Brasília: AGU e Ministério da Economia, 2019; BRASIL; CURY, *Parecer do relator ao PL 10.061/2018*.

No plano nacional, o legislador tem à disposição, para tanto, as competências para dispor sobre direito processual (CF, art. 22, I), o que inclui não só o processo judicial, mas, conforme já exposto, os processos resolutivos de conflito em geral,⁴⁶² como de fato fez ao dispor sobre a aplicação de arbitragem (LARB, art. 1º, §1º) e mediação (LMED, art. 32) à Administração, bem como dispor sobre normas gerais de licitação e contratação pública (CF, art. 22, XXVII), exercida ao apontar que os negócios administrativos podem contar com cláusulas prevendo “meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias”, como os citados (Lei 14.133/2021, art. 151). A importância de tais leis, mais que disciplinar o uso desses métodos, se deve ao reconhecimento (perante quem ainda tinha dúvida) de que são compatíveis com a legalidade administrativa, podendo-se dizer que com isso proporcionou melhores circunstâncias institucionais aos agentes públicos que participarem desses expedientes. O mesmo não pode ser dito, porém, da previsão de que árbitros e membros de comitês de resolução de conflitos devem ser escolhidos por “critérios isonômicos, técnicos e transparentes” (Lei 14.133/2021, art. 154), previsão essa que nada acrescentou além do que já decorria da Constituição; apenas colocou o administrador, que já estava em dúvida sobre como atender os conceitos indeterminados constitucionais, agora também em dúvida sobre como atender à lei.⁴⁶³ Se, de um lado, o legislador nacional demonstra compreender a flexibilidade e a informalidade desses mecanismos, não se imiscuindo em regras procedimentais, por outro lado, têm revelado também que ainda vigem confusões e preconceitos em seu entorno, como o de fazer se referir a “direitos patrimoniais disponíveis” não só (corretamente) em relação à arbitragem como também (incorretamente) em relação à conciliação e à mediação (Lei 14.133/2021, art. 151, parágrafo único).⁴⁶⁴ Ainda se carece, portanto, de discernimento entre *método* e *solução* e a efetiva compreensão das funções de cada mecanismo e, portanto, da sua *adequação*.

⁴⁶² Por todos, no sentido de haver “processo” na mediação: GABBAY, *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*, p. 59.

⁴⁶³ Tentando responder a essa exigência, vide a Portaria AGU nº 42/2022, que indica como critérios para escolhas de árbitros a serem nomeados pela União, entre outros: “I - a disponibilidade; II - as experiências pretéritas como árbitro; III - o número de indicações para árbitro pela União; e IV - o perfil do indicado como árbitro pela contraparte”.

⁴⁶⁴ Entende-se, ainda assim, que a Administração não está impedida de conciliar ou mediar em relação a eventuais interesses não-patrimoniais no contexto de contratos administrativos, seja porque interpretar o contrário seria teratológico (já que, repita-se, mediação e conciliação são veículos de comunicação, que não se confundem com eventual acordo deles resultantes), seja porque, sistematicamente, a legislação é clara ao admitir autocomposição para interesses não-patrimoniais indisponíveis, a exemplo dos compromissos de ajustamento de conduta em matéria ambiental. Ademais, caso judicializados, tais interesses ainda estariam sujeitos à mediação ou conciliação judicial (CPC, art. 334), e não há razão para negá-los no âmbito extrajudicial.

No plano local, cuja autonomia federativa o legislador nacional deve respeitar, destaca-se a competência parlamentar para disciplinar sobre “procedimentos em matéria processual” (CF, art. 24), o que incluem os processos administrativos. A ver pelas leis que disciplinaram o uso de arbitragem pela Administração Pública em Minas Gerais (Lei 19.477/2011) e em Pernambuco (Lei 15.627/2015), nota-se que, diferentemente do legislador nacional, aqui se tende a descer mais às minúcias. Isso parece acontecer também quando o legislador federal disciplina regras aplicáveis só à União (*e.g.* LMED, art. 35). Em ambos os casos, não se vê efetivo exercício de *escolha* entre alternativas. No último exemplo citado, porém, quando o legislador confere a órgãos da Advocacia Pública competência — e, principalmente, respaldo e legitimidade — para exercer a análise de admissibilidade de casos para endereçamento à solução consensual (art. 32, *caput*, II), faz, de fato, uma *escolha institucional*, sobre quem caberá tomar essa decisão, além de sinalizar uma escolha no sentido incentivar a solução consensual no âmbito administrativo.⁴⁶⁵ Trata-se, dentre os exemplos citados, do mais próximo ao exercício de uma efetiva programação legislativa da política de resolução de conflitos administrativos.

O Poder Judiciário, por sua vez, está naturalmente mais afeito às escolhas relativas ao sistema judicial. No entanto, como já aventado, o Judiciário brasileiro tem atuado não só para gerenciar processos judiciais, mas também arvorado para si a força motriz (que de fato não estava sendo exercida pelos demais Poderes) de impulsionamento do sistema multiportas. Nesse movimento, tem deduzido sua competência para tanto diretamente da Constituição. Na paradigmática Resolução nº 125/2010, o CNJ fundamentou que o fazia com a seguinte justificativa:

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

(...) que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário (...);

(...) que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas;

(...) que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem

⁴⁶⁵ Cite-se, em sentido próximo, no âmbito do Estado de São Paulo, a previsão, na lei do processo administrativo estadual (Lei 10.177/1988, art. 65), de procedimento de reparação administrativa de danos, processado pela Procuradoria Geral do Estado, de modo a confiar a essa instituição o discernimento de casos que não devem ser judicializados.

em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

(...) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

(...) que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; (...).⁴⁶⁶

Mais recentemente, ao instituir a Resolução nº 100/2021, que “recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde”, invocou sua competência constitucional de fiscalização e regulamentação do Judiciário e de seus órgãos (CF, art. 103-B, §4º) e, desta vez sinalizando um lastro legislativo, fundamentou o ato “considerando que o microssistema normativo de métodos adequados de tratamento de conflitos composto pelas Leis n o 13.105/2015 (Código de Processo Civil), no 13.140/15 (Lei de Mediação), n o 9.307/96 (Lei de Arbitragem) e pela Resolução CNJ no 125/2010 prioriza a solução consensual dos conflitos”. De todo modo, desde antes da Resolução nº 125/2010, já se via o despertar pelo Judiciário brasileiro do *gerenciamento de casos (case management)*, com “*programação* do tempo necessário para a conclusão adequada de todos os passos processuais” e intenso uso de métodos que visam à solução consensual como válvula de escape para o congestionamento de seus escaninhos.⁴⁶⁷ De fato, dada a direta relação entre a vara judicial e os casos judicializados, não se pode ignorar o papel de cada juiz, tanto ao gerenciar o fluxo de processos que lhe é confiado, como ao gerenciar cada caso, valendo-se, por exemplo, da nova cláusula geral de negócios processuais (CPC, art. 190). Também com base no novo CPC, torna-se destaca a função dos tribunais no agregamento de demandas ou na identificação de casos de repercussão relevante, respectivamente, no incidente de resolução de demandas repetitivas e no incidente de assunção de competência (CPC, art. 947 e 976).

Não há dúvida de que se trata de verdadeiras escolhas, e que, assim, o Poder Judiciário de fato tem influenciado, conforme denominado por ele próprio, a “política pública de solução de conflitos”. Ressalvadas críticas quanto ao foco na produtividade e na

⁴⁶⁶ Texto compilado a partir da redação dada pela Emenda nº 01/2013, Emenda nº 02/2016, pela Resolução nº 290/2019, pela Resolução n. 326/2020 e pela Resolução n. 390/2021.

⁴⁶⁷ TAKAHASHI, *Jurisdição e litigiosidade*, p. 210–211. A referida citação é de: WATANABE, *A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil*, p. 8.

desjudicialização, que tornam o Judiciário um ator interessado no direcionamento dessa política, não pode negar que, do ponto de vista do Estado como provedor do serviço da Justiça, já se nota a conscientização sobre a necessidade de programação dessa atuação estatal. Do ponto de vista do Estado-parte, entretanto, ainda há muito a avançar. A atuação judiciária na política pública de solução de conflitos de que a Administração é parte tem sido pautada sobretudo em torno da questão da separação de poderes, em um abstrato debate sobre divisão de poder, discutindo em especial os limites da intervenção jurisdicional na discricionariedade administrativa.⁴⁶⁸ A percepção de que efeitos advêm não só da resolução do *mérito* processual, mas também do direcionamento do *fluxo processual* permite notar, porém, que vem ser acrescentadas outras perspectivas para esse debate.⁴⁶⁹ Em relação ao mérito, a reforma da LINDB já apontou a necessidade de que qualquer decisor “nas esferas administrativa, controladora e judicial” considere “as *consequências práticas* da decisão” bem como as “possíveis *alternativas*” (art. 20 e parágrafo único). Sobre o processo, conforme mencionado (cf. Introdução, i.d), propõe-se aqui outro ângulo, que olha também para outros atores — em especial os do Poder Executivo, comentados nos tópicos a seguir — e outros fatores — notadamente os efeitos sistêmicos externados pelo modo de processar conflitos, comentados na Parte II — que integram essa conjuntura.

4.2.2.b. *Polos de tomada de decisão*

O Poder Executivo, dando sequência à questão do tópico anterior, tem notório, mas nem sempre lembrado papel no contexto de direcionamento da política de solução de conflitos administrativos e, portanto, é também uma importante instância onde é feita a respectiva “análise de adequação”.

Embora todos componham o “Estado”, o Poder Executivo é identificado como a face do “Estado-parte”, da “Fazenda Pública”. Isso se dá, em grande parte, porque é no Executivo que se concentram as funções administrativas, fazendo-o, assim, encarnar a persona da Administração Pública. Diversas considerações já foram feitas a respeito dessa composição

⁴⁶⁸ SOUZA, Em busca de uma administração pública de resultados, p. 59.

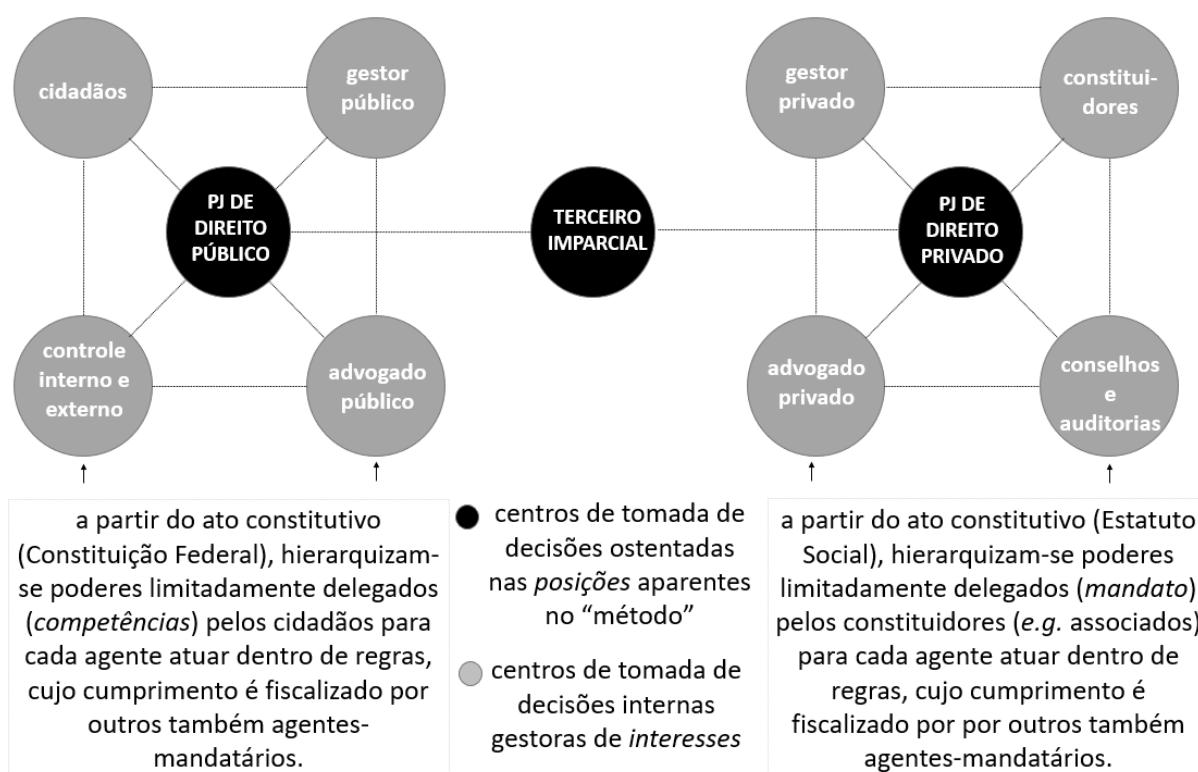
⁴⁶⁹ Em sentido próximo, afirmando que “de maneira a perceber a multiplicidade de processos aptos à solução de controvérsias, é importante, então, olhar para os lados e ver as instituições disponíveis além do Judiciário”: TAKAHASHI, *Jurisdição e litigiosidade*, p. 256.

(cf. 1.2.2), destacando-se a de que o “Estado litigante” é, na verdade, uma pluralidade de entes heterogêneos. Para os fins deste tópico, entretanto, vale notar que a estrutura segundo a qual eles se organizam segue um padrão. Todos são chefiados por uma só pessoa física, eleita diretamente pelo voto popular. A partir desse cume, hierarquiza-se uma grande estrutura, a começar pelos Ministros, Secretários de Estado (órgãos da Administração direta), Superintendentes de autarquias e fundações e Presidentes de empresas estatais (entes da Administração indireta) — em geral, em cargos de livre exoneração pelo chefe do Executivo (exceção feita a autarquias especiais, empresas estatais cuja deposição é feita via conselho de administração, entre outros cargos que gozam de mandato e, portanto, mais independência) — que chefiam, os chamados órgãos ou entes “setoriais”. Abaixo deles, desdobram-se diversos níveis hierárquicos compostos por funcionários ou de livre exoneração ou estáveis (o que não significa que não sejam demissíveis, mediante processo administrativo, e, principalmente, puníveis, em processos disciplinares). É a partir desses níveis setoriais que são definidas as estratégias de atuação (planejamento de políticas públicas em geral), providos serviços públicos, gerida a máquina burocrática e exercidos eventuais poderes de autoridade (ressalvados, evidentemente, os de competência do chefe do Poder Executivo que, de todo modo, é assessorado por esses atores); é aqui, portanto, que nascem parte considerável dos conflitos e em que poderiam nascer também as soluções. Mais importante ainda, aqui se forja a *posição* ostentada pelo Estado no conflito, bem como se gerem os *interesses* subjacentes.

Neste ponto, é possível fazer um paralelo entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado, especialmente as constituídas como sociedades anônimas. Na sociedade politicamente organizada (Estado), o ato constitutivo/contrato social (Constituição Federal) determina os objetivos sociais (CF, art. 3º, etc.) a serem obtidos a partir da execução de políticas públicas, respeitadas as leis. Igualmente, na sociedade empresarialmente organizada (empresa) o ato constitutivo/contrato social (estatuto social) determina os objetivos sociais a serem obtidos a partir da execução de suas políticas empresariais, respeitadas as leis. Como já referido (cf. 2.2.2), a *formação da vontade institucional* dessas pessoas jurídicas, privadas ou públicas, ocorre em *dois níveis*: antecedente/interno e consequente/externo, que, de modo simplificado, podem ser associados, respectivamente, ao *locus* dos interesses e das posições. Esse paralelo é representado graficamente no

Quadro 9.

Quadro 9 – Polos de tomada de decisão no jogo de solução de conflito: paralelo entre pessoas públicas e privadas



Elaboração própria

Se o Poder Executivo olhasse o tal quadro de um ângulo externo, como figurativamente fazem o Legislativo e o Judiciário, focaria nas esferas mais escuras, que ostentam as rígidas *posições* do Estado, mais afeitas ao raciocínio binário do lícito/ilícito. Nesses termos, sua concepção de políticas “adequadas” para o tratamento dessas controvérsias seria o de impulsionar processos de decisão que declarassem a legalidade no caso concreto. Métodos como os de agregação de demandas ou de sistemática reprodução de decisões até poderiam ser

pensados, a fim de promover soluções de atacado, garantindo a isonomia e controle da legalidade, além do gerenciamento do fluxo processual. Não por acaso, questões com *zonas de certeza legal* mais bem definidas (e que, assim, aproximam a perspectiva do tomador de decisão à perspectiva do legislador) costumam ser assim tratadas. Com as novas tecnologias, parte dessas decisões são até mesmo automatizadas. Em maio de 2019, o INSS, por exemplo, despachou 823 mil casos, com tempo médio de 116 dias; 79 mil deles foram decididos por automação; quando o caso tratava de pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, uma matéria que depende basicamente de confirmação de fatos (*reality-checking*), eram concluídos automaticamente em 80,6% das vezes.⁴⁷⁰

Uma “adequada” política para resolver demandas como essas, portanto, não depende de profundidade na exploração de interesses subjacentes, mas na qualidade da obtenção e da apreciação de *informações*, em tempo razoável, com o mínimo de custos para o Estado e para o cidadão, mediante processos de atendimento acessíveis e dignos. O papel de “métodos consensuais” — ou melhor, métodos facilitativos de negociação, ou, para que não haja dúvida, métodos de *aprimoramento da comunicação* — há de ser o de promover *transmissão de informação e compreensão* para o agente público e para o cidadão, a respeito de sua situação (e.g. quais documentos são necessários; quais direitos são reconhecidos), de modo que ambos possam tomar uma “*decisão informada*” — noção essa conhecida tanto no âmbito dos MASC’s (CPC, art. 166) como no âmbito administrativo.⁴⁷¹

Semelhanças com a simples melhora no atendimento administrativo não são mera coincidência. Tampouco é acaso que, em alguns países, como a França (cf. 3.3.1), valorize-se a figura do *Ombudsman* no modelo de *intermediador* qualificado da comunicação entre cidadão e Estado, mas que, no Brasil, não só acabou não vingando na CF/1988, em que receberia o título de “Defensor do Povo”, como parte de suas atribuições acabou sendo confiada ao Ministério Público e a Corregedorias, denotando um papel repressor, de condenação do erro (com as consequências já vistas: cf. 2.2.2), em vez de facilitador.⁴⁷² Mesmo em relação à Defensoria Pública, o legislador já chegou a prever a função de “promover, prioritariamente, a solução

⁴⁷⁰ BRASIL, *Transformação Digital do INSS*.

⁴⁷¹ Cf. MODESTO, Paulo, *O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza*, disponível em: <<https://ufba.academia.edu/PauloModesto>>.

⁴⁷² Cf. TÁCITO, Caio, Ombudsman - O Defensor do povo, *Revista de Direito Administrativo*, v. 171, p. 15–26, 1988; BEZERRA, Helga Maria Saboia, Defensor do povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira, *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 36, 2014.

extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos” (LC 80/1994, art. 4º, II, redação de 2009), mas ainda mantém sua relação com a Administração Pública regulada em termos que denotam embate (como as “prerrogativas” de “examinar, em qualquer repartição pública” e “requisitar de autoridade pública” informações: art. 44). Ao se restaurar essa percepção, nota-se que há aí mais um interessante espaço de avanços institucionais em matéria de política de solução de controvérsias administrativas, possivelmente dando às hoje já difundidas **Ouvidorias** não só o papel de destinatário e remetente de correio, mas, *dotando-as de capacidades institucionais*, um papel mais ativo, que promova a eficiência do diálogo Estado-cidadão e o “papel de primordial importância no sentido de humanizar as relações entre a administração e os particulares”.⁴⁷³

A propósito, vê-se que a reforma da LINDB (arts. 20-30) deu um passo em direção ao reconhecimento e normalização do erro na administração pública, em especial com o “compromisso para prevenir ou eliminar irregulares, incertezas jurídicas e situação contenciosa” (art. 26), que poderia ser colocado em prática, de modo sistemático, em um desenho de solução de conflitos. No mais, o reconhecimento de que a Administração deve corrigir os próprios atos (Súmula 473, STF) já deveria bastar para que não houvesse dúvida a esse respeito. A questão, porém, como se sabe, não é de possibilidade teórica, mas prática, especialmente em vista da postura defensiva que esse contexto coloca o administrativo em face do erro — o que tentou ser endereçado pelo art. 28 da LINDB, ao prever que a responsabilização pessoal só alcançaria casos de dolo ou “culpa grave”, expressão esta cuja definição viria no §1º do dispositivo — que deixava claro que divergência de opinião e malversação não se confundem —, que, porém, foi vetado; embora, do ponto de vista jurídico, tal veto não altere o sentido da norma,⁴⁷⁴ fato é que, pelas razões práticas citadas de aversão ao risco dos gestores públicos, sua positivação permitiria avançar mais.

Se o Poder Executivo olhar para o **Quadro 2** sob um ângulo interno, por sua vez, com ainda mais razão tais questões importariam. Esses aspectos que afligem a decisão do

⁴⁷³ TÁCITO, Ombudsman - O Defensor do povo, p. 20.

⁴⁷⁴ Cf. CUNHA FILHO, Alexandre José Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze, Os vetos aos parágrafos 1º e 2º e 3º do artigo 28 da LINDB: algumas questões de interpretação, *in*: CUNHA FILHO, Alexandre José Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.), *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 445–452.

administrador são fortes vetores que influenciam o sistema de solução de conflitos administrativos em dimensões que a abordagem tradicional do Direito não capta. Tais aspectos já foram abordados, em relação aos agentes públicos em geral, no tópico 2.2.2. Basta acrescentar, aqui, à luz do quadro, que a multiplicidade de atores envolvidos pode ser um indicativo de que a *solução* necessária não seja um método que envolva métodos em que se repetirão as *posições* já conhecidas do Estado; talvez seja necessário *reconfigurações institucionais internas* — a exemplo das iniciativas envolvendo câmaras de saúde pública, conforme se verá adiante (Capítulo 5). Ademais, importa agora acrescentar um ator antes não comentado: o advogado do Estado.

A Advocacia Geral da União, que se subordina diretamente ao Presidente da República, com status de Ministério, é instituição relativamente nova, nascida com a Constituição de 1988 (art. 131), por desmembramento do Ministério Público Federal, que até então cumulava as funções daquela, segundo modelo adotado nos EUA (que, até hoje, tem no *Attorney General* uma só instituição que faz as funções de defender o Estado e de controlar a atuação dos agentes públicos — cf. 3.3.2). As justificativas para tal desmembramento, porém, apontam para antigas confusões que são particularmente perniciosas para o avanço do tema aqui tratado. Além do (correto) argumento que visava a diminuir conflitos de interesses no seio da instituição que ao mesmo tempo tinha que acusar e defender a Administração, propagou-se o (incorreto) argumento de que ao Ministério Público caberia a defesa dos “interesses primários” da sociedade, ao passo que à **Advocacia Pública** caberia a defesa dos “interesses secundários” da Administração.⁴⁷⁵ Adicionalmente às críticas já feitas sobre tal divisão (cf. 1.2.2.a e 2.2.1), basta pensar na execução judicial das multas criminais, realizada pela Advocacia Pública, para se notar que tal argumento não se sustenta. Isso importa, aqui, porque retoma os superficiais preconceitos que deslegitimam os *interesses* por trás das *posições* da Fazenda Pública, quando, conforme exposto, o avanço da adesão administrativa ao sistema multiportas depende justamente do reconhecimento e compreensão desses interesses (sim, públicos).

No nível local, as configurações da Advocacia Pública são variadas, descabendo aqui aprofundar-se nessas especificidades. A CF/1988 previu a figura dos procuradores de Estado, mas não dos procuradores de Município, aos quais, contudo, se reconhece igual

⁴⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5ª. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

tratamento. Muitos desses órgãos estaduais e municipais são anteriores à AGU e alguns deles se misturavam a outras funções (a PGE de São Paulo, por exemplo, fazia as vezes de Defensoria Pública; ainda hoje, vários desses órgãos ainda se confundem com as Secretárias de Justiça). Em comum, têm a função de fazer a representação judicial (CF, art. 132) dos entes federativos (das administrações do Judiciário e do Legislativo inclusive, com exceções). Muitas, a exemplo da AGU, fazem também o assessoramento jurídico do Poder Executivo. Em juízo, têm prerrogativas⁴⁷⁶ semelhantes ao do Ministério Público e da Defensoria Pública (CPC, art. 184) e, como esses, congregam as vantagens comparativas típicas dos *repeat players*. Especialmente quando as atividades contenciosas dessa instituição são centralizadas (o que ocorre, para ganho de escala, na maioria das vezes), tem-se um efeito semelhante àquele alienador dos precatórios (falta de *feedback* para os órgãos setoriais a respeito dos conflitos que externalizam). Por outro lado, tais características a conferiram visão panorâmica da conflituosidade estatal e a vocação, por excelência, em tratá-la.⁴⁷⁷

Quanto às suas capacidades institucionais, fato é que (independentemente dos motivos) não foram dadas aos advogados públicos as mesmas garantias de independência do Ministério Público. Como todo advogado, sua “relação de emprego [com o Estado] não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia” (Lei 8.906/1994, art. 18), mas não têm independência funcional individualizada: vinculam-se hierarquicamente às orientações jurídicas superiores — o que garante sua atuação uniforme, como de resto se espera do Estado como um todo. Como carreira de Estado, têm estabilidade no serviço público (mas não vitaliciedade), de modo que são instituição permanente e, embora assessorem o governo eleito a cada mandato, transcendem-lhes, o que lhes confere, mais uma vez, visão diferenciada a respeito do fenômeno da litigiosidade administrativa. No mais, aos Advogados Públicos se aplicam comentários semelhantes em relação aos conflitos de interesse do tipo

⁴⁷⁶ Reitere-se (cf. 1.2.2.a), a propósito, comentário, a respeito do prazo diferenciado, de que se trata de *opção* compensatória de *custos operacionais* que visa reagir, entre outros, ao fato de que a *demand*a por defesa judicial do Estado é elástica, ao passo que a *oferta* de advogados, cujo número de cargos é fixado em lei, é praticamente *inelástica*. Cf. MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2017), p. 220.

⁴⁷⁷ Por todos: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, A advocacia de estado revisitada essencialidade ao estado democrático de direito, *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, p. 36–65, 2009. — Assim, com o devido respaldo institucional, podem ser uma das instituições com as “habilidades requeridas” para o bom tratamento do conflito administrativo, nomeadamente: “a) maturidade para desenhar alternativas não adversariais, polinizadoras da confiança legítima; (b) impessoalidade e autocontrole em face dos estímulos aversivos; (c) desenviesamento e troca consciente de automatismos mentais; (d) capacidade de escuta ativa e de indagação aberta; (e) aptidão para construir saídas honrosas; e (f) vocação para as performances integradas”: FREITAS, *Direito administrativo não adversarial*, p. 34.

agente/principal⁴⁷⁸ e de incentivo a comportamento conservador (*risk averse*) diante dos riscos de responsabilização pessoal no setor público. Trata-se, naturalmente, de *escolhas* que têm direto impacto na capacidade institucional desses órgãos em lidar com controvérsias da Administração.

Ainda assim, a estabilidade, o caráter permanente e a confiança nessa instituição parecem terem sido suficientes para, nos últimos anos, ter-se observado um movimento de deslocamento de decisões sobre as políticas de solução de conflitos administrativo em direção à Advocacia Pública, cujas alçadas de competência têm se ampliado, conforme tratado no tópico a seguir.

4.2.3. Dimensão formal-procedimental (como faz)

4.2.3.a. *Como a Administração brasileira (não) resolve seus conflitos?*

Apesar de avanços e da existência de um leque de opções para a Administração Pública, ainda não se pode dizer que esteja superada a ideia binária de que ou há ilegalidade a ser corrigida por autotutela ou por revisão judicial, ou há legalidade a ser defendida pela Administração Pública até o fim. Em outras palavras, segundo essa concepção, ou o Estado-administração ou o Estado-juiz deve ditar a resposta, mas sempre o Estado. Nesse sentido, o representante fazendário deveria aplicar todos os meios de defesa e recursos em tese cabíveis, sustentando (até o fim) a *posição* administrativa, sob a premissa de que, ainda que a Administração estivesse errada, o processo judicial cuidaria de “realizar o direito objetivo no caso concreto”.⁴⁷⁹ Em reforço, o próprio legislador se encarrega de garantir esse fluxo por meio do duplo grau obrigatório (CPC, art. 496). Nessa linha de raciocínio, não se cogita que a Administração Pública possa “ceder” ou “negociar”; não há terceira via entre autotutela e

⁴⁷⁸ Em alguns casos, seu regime remuneratório é variável de acordo com seus resultados, o que, embora seja um incentivo à produtividade, é objeto de críticas sob a perspectiva do conflito de interesse, o que está fora do escopo deste trabalho; aplicando-se, de todo modo, os comentários em geral feitos aos conflitos do tipo agente/principal. — Por transparência, declina-se que o autor desta tese é advogado público, cuja remuneração, contudo, *não* é variável de acordo com resultado. Ainda assim, exclui-se tal debate.

⁴⁷⁹ Seguindo a clássica fórmula de: CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, p. 8.

revisão judicial. Trata-se de **concepção negacionista do conflito**⁴⁸⁰ enquanto fenômeno com nuances além da legalidade binária. Ao negá-las, a controvérsia é “processada”, mas não “tratada”; visa-se a dar marcha ao processo, não a solucionar a divergência.

Essa concepção teve (e ainda tem) reflexos na cultura de litigância do setor público. Conforme relato do então Procurador Geral da União e outros membros da AGU, apontando falta de racionalidade na atuação fazendária:

É inegável que a praxe de defesa dos entes estatais sempre ^[sic] é ainda feita a partir de uma perspectiva defensiva, com o uso de todos os recursos cabíveis para levar à improcedência dos pedidos ou para retardar ao máximo a efetivação do direito. Tal postura deriva, dentre outras causas, da forma com que o nosso processo civil foi tradicionalmente pensado e ensinado: atrelado à resistência da pretensão, à produção de provas, à aplicação positivista do direito à espécie. Essa forma de atuação encontra terra fértil para ser semeada ao limite do irracional no âmbito das causas que envolvem o Poder Público.⁴⁸¹

A realidade, porém, se impôs. Mais em razão do esgotamento da máquina judiciária do que por convicção ideológica — por vezes invocada superficialmente para justificar medidas de desjudicialização, não raramente acompanhada de atos falhos que confessam que a preocupação com o descongestionamento é maior que a compressão sobre os novos paradigmas de atuação do Estado⁴⁸² —, a pressão pela redução da presença da Administração Pública no Poder Judiciário fez quebrar a rigidez do paradigma da unilateralidade.

Como visto, nos últimos anos, houve uma série de iniciativas que introduziram ferramentas resolutivas de conflitos no cardápio oferecido à Administração. O CPC, de 16.3.2015, pregou que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos

⁴⁸⁰ Nesse sentido, apontando ausência de enfrentamento do tema do conflito nos manuais do direito administrativo, que se restringem a estudar o “controle jurisdicional” (*rectius*, a revisão judicial dos atos administrativos, a qual “acaba tornando-se o único mecanismo efetivo para questioná-la no âmbito do Poder Público”), que legalidade, interesse público e unilateralidade são conceitos têm obstado as soluções consensuais no poder público, e que “é preciso admitir a Administração Pública em conflito”: SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 124 e 119.

⁴⁸¹ KUHN, Paulo Henrique *et al*, *Centrais de Negociação da Procuradoria-Geral da União*, Instituto Innovare, disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/praticas/1/centrais-de-negociacao-da-procuradoria-geral-da-uniao-20150508172456151405>>.

⁴⁸² É o que se extrai dos relatórios judiciário, exposições de motivos parlamentares e motivações administrativas citados ao longo do trabalho.

conflitos” (art. 3º, §2º)⁴⁸³ e fez remissão a “câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo” (art. 174), assim como a quase concomitantemente editada Lei de Mediação (Lei 13.140, de 26.6.2015) que — tentando nacionalizar a experiência da Câmara de Conciliação Administrativa Federal – CCAF — dispôs sobre “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos” no âmbito das advocacias públicas de todos os entes da federação (art. 32). No mesmo período, a Lei de Arbitragem (reformada pela Lei 13.129, de 26.5.2015) deixou claro que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” — aliás, inovando mais ao trazer o expresse reconhecimento do legislador de que a Administração tem, sim, “direitos patrimoniais disponíveis”, do que pela previsão da arbitragem no setor público, já prevista em leis anteriores (*e.g.* Lei 11.079/2004, art. 11).

Também nos últimos anos, viu-se uma série de iniciativas administrativas que visaram a dar encaminhamento à questão da conflituosidade do setor público que foram aclamadas pela comunidade jurídica. Alguns exemplos interessantes são encontrados dentre os casos que foram premiados ou receberam menções honrosas do “Prêmio Innovare”, concedido por instituto mantido por associações de classe de carreiras jurídicas, com comissão julgadora composta pela classe de renomados operadores do direito do país (Ministros do STF e magistrados de outros Tribunais, membros de carreiras jurídicas, Professores universitários).

Com mero intuito ilustrativo, o **Quadro 10** indica assuntos relacionados ao universo de conflitos estatais e que, por terem recebido tal premiação, entende-se que foram percebidos como “adequados”.

⁴⁸³ Sobre as interpretações cabíveis em relação a este dispositivo, a de que se aplica ao Estado-parte inclusive: MEGNA, Bruno Lopes; TARTUCE, Fernanda, Fomento estatal aos meios consensuais de solução de conflitos pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, *in*: WATANABE, Kazuo *et al* (Orgs.), *Desjudicialização, justiça conciliativa e Poder Público*, São Paulo: RT, 2020, p. 273–292.

Quadro 10 - “Prêmio Innovare”: exemplos de iniciativas vistas como “adequadas”

	Órgão subordinado ao Executivo (Advocacia Pública ou outro)	Ministério Público	Defensoria Pública, Advocacia Privada e Sociedade Civil	Tribunais do Poder Judiciário e Tribunais de Contas
2020	Implantação do sistema de inteligência jurídica da AGU (sapiens)	Apoio logístico, junto a órgãos da Administração, de escoamento de alimentos de povos tradicionais (AM)	Reparação dos danos individuais pelo rompimento da barragem de Brumadinho (homenageado)	Transação tributária em coordenação com PGM e estagiários cedidos pela universidade local (SC)
2019	∅	Ofícios para transparência na lista do SUS (MP/SC)	Assistência para registros públicos (RJ)	Prestação de cursos para adolescentes em casas de acolhimento
2018	Intermediação de acordo sobre planos econômicos (AGU)	Interlocação institucional sobre recursos do FUNDEB (MPC/PI)	Fiscalização eletrônica do gasto público (ONG, GO)	Criação de Índice de Efetividade da Gestão Municipal (TCE/SP)
2017	∅	Gestão Administrativa de Promotorias (MP/SC)	Orçamento Participativo (DP/CE)	informatização para tempestiva progressão de pena
2016	Assistência judicial (PGM/POA)	Força Tarefa da Lava Jato (MPF)	Interlocação institucional para acesso de hipervulneráveis ao saneamento básico (DP/MA)	Fiscalização integrada para melhoria de compras públicas (TCE/MG)
2015	Centrais de Negociação da PGU (AGU)	Interlocação institucional para acessibilidade em prédios públicos (MP/RS) Controle social e preventivo em licitações e obras públicas (MP/PB)	Mediação escolar (DP/MG)	Interlocação institucional em reassentamento (“mediação judicial e policial”)
	Intermediação consumidor – fornecedor (Consumidor.gov / MJ)		fiscalização da qualidade e garantia de acesso extrajudicial (DP/RJ)	
2014	Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (PGM/RJ)	Interlocação institucional par implantação da Rede de Atendimento Psicossocial (MP/SP e MPF)	Orientação sobre MASCs em instituições financeiras internacionais (DP/SP)	Interlocação institucional na emissão de documentos e obtenção de benefícios assistências a povos indígenas (TJ/RR)
	Medidas de desapropriação com promoção social e humanização (PGE/CE)			

Elaboração gráfica própria. Dados: Prêmio Innovare.⁴⁸⁴

⁴⁸⁴ Prêmio Innovare - Premiando boas práticas, disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/>>. acesso em: 11 ago. 2020..

Dos casos premiados promovidos por órgãos subordinados ao Poder Executivo, nota-se um destaque para a criação de meios de *intermediação* de solução de conflitos, em especial aqueles em que o Estado foi responsável pelo *fomento* à consensualidade na sociedade (acordo dos poupadores de planos econômicos) e de *prestação de serviço* de plataforma de solução consensual de conflitos (Consumidor.gov), que notavelmente reduz custos de transação para o consumidor e para o fiscalizador ao padronizar essas relações. Destaca-se também iniciativa de autocomposição em litígios intragovernamentais. A premiação da AGU pela implementação de sistema informatizado de gestão de processos denota, ainda, a relevância percebida tanto em relação ao gerenciamento do fluxo de demandas, como em relação ao papel de novas tecnologias. No entanto, o que mais chama atenção é a predominância de medidas que, em resumo, tratam de reorganização administrativa que aprimoram a *interlocação do cidadão com órgãos do Estado*, o que demonstra não só a necessidade de mais eficiência no serviço administrativo, mas especialmente de mais eficiência na *comunicação* do setor público. Como já reiterado, o sistema multiportas de fato oferece diversas ferramentas que podem auxiliar nesse avanço, *desde que compreendidas suas devidas funções*, bem como as *condições legais e institucionais* para que sejam exercidas.

4.2.3.b. Métodos e condutas fazendárias tipificadas

No movimento de inovação nos instrumentos de programação da política de solução de conflitos administrativos, alguns entes federativos se destacaram com medidas pioneiras. O Estado de Minas Gerais, por exemplo, foi o primeiro a contar com previsão legal expressa sobre a possibilidade de a Administração estadual ser parte em arbitragem (Lei 19.477/2011). O Município de São Paulo, por sua vez, foi o primeiro ente da federação a dispor sobre *dispute boards* (Lei 16.873/2018); logo depois, teve outra iniciativa de destaque ao instituir “política de desjudicialização” (Lei 17.324/2020). No mesmo sentido, conforme se extrai do **Quadro 11**, diversas leis regulamentadoras das Advocacias Públicas federal e estaduais foram reformadas nos últimos anos, e hoje apresentam um variado leque de ferramentas de solução de conflitos e gestão do contencioso fazendário, cujo panorama fornece um interessante quadro que mapeia os métodos e condutas tipificadas em lei para uso das Fazendas Públicas.

Quadro 11 – Solução de Conflitos nas Leis Orgânicas das Advocacias Públicas da União e dos Estados (Brasil, 2022)

Previsão de condutas judiciais								Previsão de condutas extrajudiciais					Referência a métodos extrajudiciais						Conflitos internos	
	Última redação da lei	Ajuizar ações	Dispensar ajuizamento	Confessar ou reconhecer pedidos	Desistir ou deixar de contestar	Deixar de recorrer	Sumular orientação geral para prevenir conflitos	Firmar transação judicial	Expressa referência a transação extrajudicial	Firmar TAC	Firmar acordos de parcelamento	Firmar "compromissos" (previsão genérica)	Arbitragem	Mediação (como parte)	Conciliação (como parte)	Negociação direta	Dispute Board	Soluções extrajudiciais em geral	Câmara interna de mediação ou conciliação	Dirimir ou julgar conflitos intra-administrativos
UNIÃO	2022	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	*	●	*	*		●	●	●
AC	2017	●				●			●			●	●	●	?			●	●	●
AL	2018	●	●	●	●				●		●	●	●	●	?			●	●	●
AP	2018	●	●		●	●			●		●	●		?					●	●
AM	2015	●	●	●	●	●			●			●								●
BA	2020	●		●	●	●			●		●	●		●	?			?	●	●
CE	2018	●	●	●	●	●						●							●	●
DF	2019	●	?	●	●	●		●				●						?		●
ES	2014	●	●		●	●			?	●										●
GO	2018	●	●	●	●	●						●		●				?	●	?
MA	2016	●		●	●	●						●								●
MT	2019	●		●	●	●						●								●
MS	2020	●	●	●	●	●					●								●	●
MG	2019	●	●	●	●	●		●			●	●		*	*	*	*	●	●	●
PA	2015	●		●	●	●		●												
PB	2008	●		●	●	●						●								●
PR	2016	●		●	●	●						●								●
PE	2020	●		●	●	●														●
PI	2008	●	●	●	●	●		●			●									●
RJ	2010	●	●		●	●					●									●
RN	2002	●	●	●	●	●		●			●									●
RS	2019	●		●	●	●						●								●
RO	2016	●	●	●	●	●				●		●		●						●
RR	2019	●		●	●	●				●		●								●
SC	2019	●	●	●	●	?														●
SP	2015	●	●	●	●	●			?		●	●		●					●	●
SE	2013	●		●	●										?					●
TO	2014	●		●	●	●						●								●

● Há previsão legal □ Não há previsão legal

? Previsão ambígua ou imprecisa

* Previsão legal não vinculada à Advocacia Pública

Elaboração própria (cf. Anexo II)

Conforme se extrai do **Quadro 11**, as Advocacias Públicas têm, em geral, mandato *ex lege* para exercício de todos os poderes que, normalmente, se encontram nas procurações *ad judicium* dos advogados privados. No entanto, há algumas atribuições adicionais, decorrentes da natureza pública de seu ofício e, mesmo em relação aos poderes tipicamente conferidos ao advogado, algumas considerações especiais (parte delas comuns a advogados de pessoas jurídicas como um todo).

Quanto aos **métodos tipificados**, verifica-se que a minoria dos entes tem previsões expressas que os relacionem aos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Conforme verificado na pesquisa, alguns entes, como a União, têm legislação específica para tratar dessas vias, o que justifica a ausência de previsão na codificação das condutas dos advogados públicos. No entanto, esse não pareceu ser o caso da maioria dos entes estaduais, o que pode denotar tanto uma falta de tradição no uso desses mecanismos como falta de capacidades institucionais para que o façam, tema esse que merece investigação em pesquisas futuras.

Em compensação, verifica-se que parcela significativa dos entes têm atribuições para dirimir conflitos intra-administrativos, contando alguns com “câmaras” de solução de conflitos institucionalizadas no âmbito do próprio órgão de Advocacia Pública. Sem alongar-se neste tema, que também merece estudo próprio, é interessante perceber que essa nova função que se tem confiado a essa instituição torna intrincadas algumas questões de capacidade institucional como de alçadas de competência. Destaca-se, neste ponto, a eleição do terceiro facilitador que atuará nessas câmaras; se é verdade que há quem rejeite a ideia de quem um membro da própria carreira que defende o Estado faça esse papel — o que pode ser resolvido com a contratação de profissionais externos ou até mesmo a celebração de *protocolos interinstitucionais* com tribunais que disponham de mediadores e conciliadores —, também é verdade que parece ser essa oficialidade, dada pela presidência do procedimento por um agente público de carreira de Estado, justamente um dos atrativos que têm levado à expansão desse tipo de foro de tratamento de conflitos — visão essa, porém, que não dispensa a necessária garantia de separação de funções (*chinese wall*) nessa atividade.⁴⁸⁵

⁴⁸⁵ Aprofundando o tema, e afirmando que “de duas uma: ou a Advocacia Pública estará atuando como órgão imparcial (nos termos dos precitados incisos II dos artigos 174 do CPC-2015 e 32 da Lei de Mediação) e, aí

Por sua vez, com relação às **condutas tipificadas**, vê-se uma concentração de atribuições em torno do processo judicial. A propósito, de modo geral, tais condutas estão não só tipificadas em lei, como também são reguladas em atos infralegais internos, que garantem a homogeneidade de atuação dos advogados públicos. A título exemplificativo, a Portaria Normativa PGU/AGU nº 3/2021 (DOU 18.6.2021) “regulamenta os critérios para a dispensa da prática de atos e desistência de recursos, bem como procedimentos ligados a execuções e cumprimentos de sentença em face da União”, indicando parâmetros para a seleção de casos que potencialmente se enquadram na hipótese de dispensa da prática do ato contencioso, a ser aprovado de modo centralizado em instâncias de chefia do órgão, sem deixar, contudo, de fazer ressalvas, como a seguinte, em relação à qual, muito embora ainda relembre o temor da indisponibilidade na atuação pública, já demonstra avanço ao reconhecer no agente público a atividade de inteligência e discernimento de casos que de fato sejam “adequados” à judicialização:

Art. 9º. (...) Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, os Advogados da União atuarão no processo, praticando todos os atos necessários à defesa da União, independentemente dos valores envolvidos, quando as peculiaridades do caso concreto assim recomendarem, como nas situações de abuso de direito pela parte autora e de alta probabilidade de êxito da tese de defesa da União.

Ademais, vê-se que a unanimidade das Advocacias Estaduais e a AGU têm não só competência para *ajuizar*, como também para *deixar de contestar* ou, ao menos, *desistir* de ações judiciais. Evidentemente, tal previsão tem aplicabilidade limitada. Dentro de um ambiente de respaldo institucional, pode-se vislumbrá-lo como mais facilmente aplicável em relação a matérias exclusivamente de direito e que estejam pacificadas na doutrina e, principalmente, na jurisprudência. O mesmo vale para a previsão que as autoriza deixar de recorrer. É evidente, ainda assim, que, especialmente se feito em grande escala, tal instituição deve ter, tanto quanto quaisquer agentes públicos, a sensibilidade quanto às consequências de seus atos e os “ônus do regulador”⁴⁸⁶ ao motivá-los. Neste ponto, uma interessante figura

sim, bastará seu referendo para que se constitua o título executivo extrajudicial; ou a Advogado Público estará oficiando de forma parcial, na condição de um dos “advogados dos transatores”, hipótese em que não basta o seu referendo, sendo imprescindível também o referendo do advogado da outra parte para que se constitua o título executivo extrajudicial. A mesma diferenciação há de ser feita em relação à Defensoria Pública e ao Ministério Público”: 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, p. 1–30, 2015, p. 22.

⁴⁸⁶ SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, p. 228.

aparece na maioria dos entes: a das *súmulas de orientação jurídica* voltada a órgãos externos à Advocacia Pública, uma ferramenta que não só previne conflitos, como promove uniformização da atuação administrativa, bem como, de alguma forma, tenta responder à carência de *feedbacks* que têm os órgãos setoriais em relação às divergências causadas por sua atuação.

A seu turno, quando o tema não for exclusivamente de direito, tal atribuição só é factível mediante o fornecimento de subsídios técnicos e, eventualmente, até mesmo de autorizações (por razões orçamentárias, em especial) de outros órgãos da Administração. Idem para a atribuições de deixar de ajuizar demanda, de firmar transações judiciais e de confessar ou reconhecer pedidos, estes últimos, não raro, acompanhados do ônus de determinar a apuração de quem deu causa ao erro administrativo — que será julgada por outro agente administrativo temeroso de deixar de aplicar qualquer sanção legal.

Nota-se, ainda, que são mais rarefeitas as previsões relacionadas às condutas extrajudiciais, o que denota a falta de tradição da atuação fazendária fora do processo. Neste ponto, vale notar que ainda cabe a ponderação de escolha institucional quanto a concentrar transações extrajudiciais na figura do advogado público ou preferir que os órgãos administrativos setoriais que lidam diretamente com a matéria controvertida o façam. Não se pode afirmar, *a priori*, um critério de adequação a respeito, tratando-se de caso que merece regulamentação de acordo com a realidade de cada ente federativo, bem como com a matéria tratada.

De todo modo, o quadro testemunha um características que precisa ser compreendida com maturidade, no momento de levar a Administração ao sistema multiportas: dada a multiplicidade de agentes envolvidos, são inevitáveis padronizações e tipificações de conduta — como de resto ocorre em grandes corporações, em geral. Não podem ser concebidos, assim, desenhos que presumam consensos de exceção ou liberdade negocial que incompatíveis com as competências e capacidades institucionais dos agentes públicos.

Instrumentos de condicionamento *ex ante* das tomadas de decisão *ex post* são indispensáveis. Ao contrário dos juízes que, em tese, tem à sua disposição todo o cardápio jurídico para interpretar os conflitos que a eles apresentados, advogados públicos e outros agentes públicos, organizados de modo hierárquico, nem sempre têm alcance, de sorte que há decisões que, embora *lícitas*, não se colocam como *possíveis* para tais atores. Assim, no âmbito estatal como um todo, pouco ajuda pensar apenas nas decisões que o Estado externaliza. Ao se

desenhar métodos de solução de conflitos administrativos, é indispensável pensar nas alçadas de decisão internas à Administração. Sem essa distribuição de competências, pouco ou nenhum efeito têm previsões como a de que haverá conciliação nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009, art. 2º) ou a simbólica previsão de que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (CPC, art. 3º, §2º).⁴⁸⁷

Um reflexo mais sutil da limitação de competências é o fato de que, por vezes, essa questão organizacional pode ser a própria fonte do conflito ou a barreira para a solução. Não raro, em razão dessa constrição dos agentes administrativos (em geral, pertencentes ao Poder Executivo), soluções juridicamente viáveis deixam de ser tomadas pela Administração, desembocando no Poder Judiciário, acompanhada da impressão de que o “Estado” não “quis” resolver a controvérsia. Pode haver, de fato, má vontade política ou administrativa. Não se pode descartar, porém, que, por limitações práticas, simplesmente faltou alçada de decisão, casos em que, para além do deslinde do caso concreto, seria relevante também que a fosse resolvida internamente na Administração essa questão institucional.

Portanto, para se avançar, ao mesmo tempo em que é preciso trabalhar na reconfiguração da burocracia pública para que sejam distribuídas as competências necessárias para o exercício dessas novas funções, bem como na garantia de circunstâncias institucionais que permitam que tais atribuições sejam exercidas de modo hígido e eficiente — a “reforma do Estado”, logo se vê, é algo permanente —, é necessário também promover, entre os próprios formuladores de políticas públicas, a compreensão de como essa intrincada máquina funciona.

⁴⁸⁷ Tal dispositivo admite diversas interpretações, dentre elas, a de que o Estado-parte deve ser consensual. Cf. MEGNA; TARTUCE, Fomento estatal aos meios consensuais de solução de conflitos pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. — Ademais, nesses casos, o legislador federal não poderia intervir na distribuição de competências administrativas dos entes locais. Nota-se, todavia, que mesmo a previsão da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001, art. 10) de que “os representantes judiciais da União (...) ficam autorizados a conciliar, transigir e desistir” têm limitado alcance sem que, internamente, na Advocacia Geral da União, sejam distribuídas essas competências.

4.3. NOTAS DE DIREITO COMPARADO

Curiosamente, o primeiro caso autuado na Suprema Corte dos EUA envolvia dívida estatal, já discutida em arbitragem, e foi ao final encerrada por acordo.⁴⁸⁸ Desde seus primórdios, portanto, em algum grau e aos moldes de sua época, os EUA conhecem a litigância estatal sujeita a diferentes métodos de solução. Na França, por outro lado, ainda hoje vige o “princípio da proibição da arbitragem às pessoas de direito público” e só recentemente, no contexto de expansão de métodos “alternativos”, se consolidou o entendimento de que a lei poderia prever exceções a esse princípio.⁴⁸⁹ Vê-se que as mais básicas premissas admitem compreensões diversas. Seguindo às referências de direito comparado antecedentes (cf. 1.3 e 2.3), neste tópico somam-se algumas considerações finais.

4.3.1. Em torno do sistema de jurisdição dual da França

4.3.1.a. *Advocacia pública não-institucionalizada: jurisdição como “autotutela”*

Embora independente, a Justiça Administrativa francesa ainda tem como marca a sinergia com os agentes administrativos. Formalmente, continua presidida pelo primeiro-ministro (mas quem exerce o papel de fato é o magistrado “vice-presidente”) e mantém o nome do “recurso” mesmo para algumas demandas de 1ª instância, segundo a ideia de que o julgamento por tribunal administrativo é uma continuação do “processo administrativo”. Seus membros advêm da Escola Nacional de Administração (ENA), de indicação governamental, de concurso direto ou de remoção de juízes judiciais e funcionários da alta Administração, e

⁴⁸⁸ *Van Staphorst v. Maryland (1791)*. Tratava-se de cobrança de dívida do Estado de Maryland contraída por empréstimo dado por banqueiros de origem alemã, durante a revolução americana. O caso envolveu também questões éticas, pois o árbitro se tornou, depois, Juiz Chefe da Suprema Corte dos EUA. Cf. CASTO, William R., *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800: Suits Against the States*, *Law and History Review*, v. 15, p. 391–394, 1997.

⁴⁸⁹ *Avis Eurodisneyland (1986*, Conselho de Estado), que fixou o entendimento hoje positivado no Artigo L432-1 da Lei-Delegada (*Ordonnance*) 1341, de 23 out. 2015 (“Código de Relações entre o Público e a Administração”). O entendimento se consoli: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública (2019)*, p. 128–136.

mesmo depois de ingressar na carreira, podem se afastar para funções governamentais, em empresas estatais e até para a iniciativa privada (prática chamada "*pantouflage*").⁴⁹⁰

O maior traço de sinergia, porém, é o fato de que, ainda hoje, sua **função é dupla**: contenciosa e consultiva ("*principe de double appartenance*"). O parecer prévio do Conselho de Estado é requisito de edição de certos atos normativos (*e.g.* projeto de lei e de decretos), de modo que se faz um **controle preventivo** pelo próprio órgão julgador.⁴⁹¹ O conselho também pode ser consultado sobre temas pontuais ou gerais — *e.g.* sobre o uso de arbitragem pela Administração⁴⁹² — bem como se manifestar de ofício.

A lógica de “pertencimento à Administração” faz com que, no âmbito contencioso, não haja advogado de defesa do Estado: O administrador público presta informações e um dos próprios membros da magistratura administrativa funciona como “relator público” ou “**comissário do governo**” — próximo à função de “fiscal da lei”. Na jurisdição ordinária, aliás, o *Parquet* também integra a magistratura, de modo que uma só carreira congrega papéis feitos, no Brasil, por juízes, Ministério Público e Advocacia Pública.

Nesse contexto, a Administração Pública, ao exercer *sua jurisdição*, já está praticando uma espécie de **autotutela**, isto é, revisão da legalidade de seus atos, sem que outro *poder* o substitua. Jurisprudência e orientação jurídica da administração são, assim, aproximadas — lembrando o hoje esquecido papel das súmulas com “efeito vinculante em relação ... à administração pública direta e indireta”, no Brasil (art. 103-A, CF).

Alguns criticam esse desenho pelo enviesamento “tecnocrático”, outros defendem-no pela necessária experiência prática de quem lida com a atividade administrativa.

⁴⁹⁰ No âmbito do Conselho de Estado, cerca de um terço de seus membros fazem “atividades exteriores” (no governo ou na iniciativa privada), e são dados aproximadamente 1.200 pareceres por ano: FRANCE, Conseil d’État, *Conseiller les pouvoirs publics*, Le Conseil d’État, disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/missions/conseiller-les-pouvoirs-publics>>. acesso em: 7 dez. 2020.

⁴⁹¹ Também há controle preventivo de questões constitucionais pelo Conselho Constitucional; apenas recentemente (2008) foi introduzido o controle repressivo (pela via da “Questão Prioritária de Constitucionalidade” – “QPC”), além das suas funções de controle de divisão de competências e de eleições (artigos 61, 37, 74, 58-60 da Constituição da França).

⁴⁹² Cf. Relatório “*Labetoulle*”: FRANCE, Conseil d’État, *Rapport - Groupe de travail sur l’arbitrage*, Ministère de la Justice, disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf>.

Deste debate resultou uma reforma do Código de Justiça Administrativa francês, prevendo limites à cumulação de funções, mas mantendo a dupla função da Justiça Administrativa.⁴⁹³

Outros países têm igual modelo. A Corte Europeia de Direitos Humanos tem paradigmático precedente (*Procola v. Luxembourg*, 1995) em que concluiu que não há imparcialidade se uma só pessoa exercer duas funções em um mesmo caso concreto. Todavia, apesar de já ter condenado também a França por “violação ao princípio da independência dos poderes” e ao “direito ao julgamento equitativo e imparcial”, a CEDHU afirmou que “o princípio da **separação dos poderes não é determinável em abstrato**”, não manifestando contrariedade à estrutura institucional da Justiça Administrativa francesa em si.⁴⁹⁴

⁴⁹³ A nomenclatura “Advogado Geral” é usada também para se referir a certos atuantes do *Parquet* subordinados ao “Procurador Geral”, que, também com independência, atua pela França junto à Corte de Justiça Europeia

Ver *Kress v. France* (2001), CEDH (decisão de 7 jun. 2001), descrevendo a evolução histórica do “*commissaire du gouvernement*” ou “*rapporteur public*”, originalmente um funcionário que exprimia a visão do governo, e posteriormente um magistrado independente. No caso, a CEDH condenou a França afirmou que a presença dessa figura causou um “sentimento de desigualdade” entre o cidadão e a Administração. Cf. European Court of Human Rights, *HUDOC database*, disponível em: <www.echr.coe.int>. acesso em: 3 out. 2021.

Caso Gadiaga (1980), Conselho de Estado (decisão de 25 jan. 1980). No caso, o presidente de um Tribunal Administrativo de Strasbourg havia se manifestado opinião, a pedido do prefeito, nos termos do então Código dos Tribunais Administrativos, a respeito de regulamentação sobre comércio ambulante em vias públicas e, posteriormente, participou da composição de colegiado que julgou uma demanda contenciosa baseada em excesso de poder em relação ao mesmo regulamento. O Conselho de Estado francês entendeu que o julgamento era válido e que não houve vício na composição do colegiado.

Caso Syndicat des Avocats de France (1996). Neste caso, o Conselho de Estado acabou formando entendimento no sentido de que, embora a legislação não preveja a separação de funções, o sistema por si não é afetado, sendo admissível desde que não haja cumulação de funções de seus membros em um mesmo caso. Cf. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Légifrance*.

Cf. LEBRETON, *Droit administratif général*, p. 378–391 ; GRÜNDLER, Tatiana, Les droits des justiciables face au bon fonctionnement des juridictions administratives. Note sous CE 11 juillet 2007, USMA, *L'Actualité juridique. Droit administratif*, p. 2218–2221, 2007.

⁴⁹⁴ **Procola v. Luxembourg (1995)**, CEDH (decisão de 28 set. 1995). Apurando que quatro membros do Conselho de Estado de Luxemburgo, que participaram de julgamento sobre regulamentação de quotas de leite, haviam exercido atividades consultivas em relação ao mesmo regulamento, a CEDH apontou a violação ao direito a um justo julgamento e condenou o Estado de Luxemburgo em 350.000 francos (aproximadamente nove mil euros). Cf. *HUDOC database*.

Sacilor-Lormines v. France (2006), CEDH. O caso tratava de reclamação de empresa mineradora contra decisão do Conselho de Estado, com fundamento na lentidão do julgamento, falta de independência e inadequada presença de “Comissário do Governo” durante a formação do julgamento. Embora não tenha reconhecido que o Conselho de Estado da França em si fosse organicamente parcial, a CEDH reiterou precedentes de outros países para condená-la em oito mil euros, em razão da lentidão e da presença do comissário do governo na formação do julgamento. Cf. *Ibid*.

Ver, ainda, *Kress c. France* (2001), CEDH (decisão de 7 jun. 2001), *retro*.

O estudo comparativo, evidentemente, não visa à importação de modelos, mas a notar que, justamente em países berço de algumas premissas elementares do direito administrativo brasileiro desenvolveram-se compreensões e desenhos institucionais muito diferentes, e que a racionalidade que lhes subjaz é determinante para a arquitetura do sistema de solução de conflitos administrativo e para a percepção sobre o que é “adequado” em termos de método. Tampouco se visa à conclusão de qual modelo é melhor. Aprende-se, porém, que outras estruturas institucionais são possíveis, e se coloca à reflexão se as mazelas de um modelo de exagerada cumplicidade entre julgadores e administradores não tenham seu radical oposto em modelo de exagerada alienação entre esses atores.⁴⁹⁵

4.3.1.b. Reformas dos métodos tradicionais: a “justiça administrativa do amanhã”

Não é de hoje que **congestionamento, lentidão e burocracia** são motores de reformas na solução de conflitos administrativos. “Vítima de seu sucesso”, aponta Lebreton,⁴⁹⁶ o Conselho de Estado “foi logo ameaçado pelo congestionamento”, o que levou à conversão dos Conselhos de Prefeitura em “Tribunais Administrativos” de 1ª instância e, mais tarde, “diante de seu inchaço renovado”, à criação das “Cortes Administrativas de Apelação” como instância intermediária. Órgãos de jurisdição administrativa especializada, como a Corte de Contas, também foram criados, mantendo-se o Conselho de Estado como órgão de cúpula da Justiça Administrativa. Mesmo assim, o Estado francês já foi condenado na CEDH e pelo próprio Conselho de Estado por violações à efetividade e à duração razoável do processo.⁴⁹⁷

Dentre as **alterações processuais**, destacam-se: (i) instituição de juiz singular para certas causas (*e.g.* de servidores públicos, contribuintes, pensionistas e beneficiários

Cf. MOUANNÈS, Hiam, L'impartialité devant le Conseil d'État : la continuité d'une jurisprudence liée à l'office du juge du concret, *in*: SIMONIAN-GINESTE, Hélène (Org.), *La (dis)continuité en Droit*, Toulouse: l'Université Toulouse I Capitole, 2018, p. 281–298.

⁴⁹⁵ Tal comentário é desdobramento de estudos, substancialmente diferentes, no conteúdo e na pesquisa, iniciados em: MEGNA, Bruno Lopes, Desmistificando a separação dos poderes: notas comparativas sobre as relações entre judiciário e administração pública na França e no Brasil, *in*: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; ZAGO, Mariana Fontão (Orgs.), *Direito Francês: temas fundamentais*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 363–380.

⁴⁹⁶ LEBRETON, *Droit administratif général*, p. 7.

⁴⁹⁷ Ver Caso *Sacilo-Lormines v. France*, CEDH (2006), *retro*. Ver, ainda: Caso *Malet v. France*, CEDH (2010), CEDH e as decisões do Conselho de Estado nos Casos *Gardes des Sceaux v. Magiera* (decisão de 28 jun. 2002), *Ville de Brest* (decisão de 17 jul. 2009) e *Mafille* (decisão de 26 mai. 2010) .

assistenciais), em exceção ao "princípio da colegialidade", lá aplicado desde a 1ª instância; (ii) irrecorribilidade de decisões, notadamente para o juízo singular; (iii) julgamento monocrático antecipado sem contraditório (por "*ordonnance*") em casos repetitivos, "manifestamente" inadmissíveis, entre outros; (iv) dispensa do relatório prévio do relator público em casos de habilitação de condutor, imigração, tributos sobre imóveis, benefícios assistenciais, entre outros (conforme previsto na "**Lei de Simplificação e Melhoria da Qualidade do Direito**", Lei 2011/525); (v) instituição de prazos para os juízes, de natureza imperativa, com deslocamento de competência depois do seu decurso, ou indicativa, em procedimentos sumários (*référé*), em relação aos quais há relato de efetivo "poder moral" sobre os juízes.⁴⁹⁸

Em 2016, mais uma reforma, chamada "**Justiça Administrativa do Amanhã**" (*Justice Administrative de Demain – JADE*), alargou o escopo de algumas dessas medidas, trazendo também "**filtros**" para controle de volume de demandas, como o aumento do valor de multas por "recursos abusivos" e a ampliação das hipóteses em que a postulação por advogado é necessária, "exceto nos casos de 'contencioso social', em que o movimento é inverso, mas largamente 'compensado' pela introdução (...) de mediação prévia obrigatória".⁴⁹⁹ A mediação prévia obrigatória (tratada adiante) vem em acréscimo aos já existentes recursos administrativos facultativos (recursos administrativos, gratuitos ou hierárquicos) e ao Recurso Administrativo Prévio Obrigatório ("RAPO").

4.3.1.c. Alternativas de métodos: o "(inter)mediador da República"

Assim como no Brasil, os franceses se veem entre a reivindicação de celeridade, eficiência e tempestividade processual-administrativa e a crítica à lógica quantitativa que imprime uma "espécie de corrida ao rendimento".⁵⁰⁰ Ressalvadas demandas geopolíticas (e.g.

⁴⁹⁸ Exemplo de prazo imperativo é o do art. R121 do Código Eleitoral, deslocando a competência para o Conselho de Estado depois de dois meses. As alterações se concentram no Código de Justiça Administrativa (e.g. artigos R222, L761-1, R732-1-1, L522-1, L521-2, R557-2, L512-1). Cf. SHEHA, Abdelmohssen A. A., *Le délai raisonnable de jugement: une part indissociable de la justice*, Université de Strasbourg - École Nationale d'Administration, Strasbourg, 2014, p. 17–22. LEBRETON, *Droit administratif général*, p. 379–380.

⁴⁹⁹ CASSIA, Paul, L'inquiétante justice administrative de demain, *Recueil Dalloz*, n. 42, p. 2475–2476, 2016, p. 15. A autora afirma ainda, que, com essa reforma do processo administrativo, "o Conselho de Estado quase obteve pela via regulamentar o que o legislador, por ora, (felizmente) recusou à Corte de Cassação" (p. 16). Traduções livres.

⁵⁰⁰ LEBRETON, *Droit administratif général*, p. 7. — No mesmo sentido: CASSIA, L'inquiétante justice administrative de demain. — Em defesa do modelo efficientista: SHEHA, *Le délai raisonnable de jugement: une part indissociable de la justice*.

imigração⁵⁰¹), nota-se um movimento comum no qual a evolução da Administração Pública como prestadora de serviços é acompanhada de aumento do volume de conflitos, ao qual se reage com “filtros” e sumarização de procedimentos, bem como com a aposta de que métodos “alternativos” possam amenizar o esgotamento da Justiça estatal face a essas circunstâncias.⁵⁰²

Instituído na Lei de 13 de janeiro de 1973, o "**Mediador da República**" (*Médiateur de la République*), inspirado na figura escandinava do Ouvidor (*Ombudsman*), foi criado no contexto de “diversas iniciativas visando a aproximar o administrado à administração, a reforçar a capacidade do cidadão a fazer valer seus direitos e a ‘humanizar’ o funcionamento de uma burocracia julgada muito pesada”.⁵⁰³ Trata-se de "autoridade independente" nomeada para mandato de 6 anos para receber denúncias e reclamações e endereçá-las aos órgãos públicos competentes com solicitação de informações, recomendações para reformas administrativas ou legislativas, e intervenções para cumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado em desfavor da Administração. Se não atendido, poderia reportar o caso em relatório público.⁵⁰⁴

Em 2011, suas funções foram transferidas a uma nova figura introduzida no art. 71-1 da Constituição da França (emenda de 2008): o "**Defensor de direitos**" (*Défenseur des droits*), uma "autoridade administrativa independente", com atribuição para "zelar pelo respeito aos direitos e liberdades pela Administração". Pelo relatório de 2019, houve 103.066 demandas (+40,3% desde 2014), das quais 59,8% tratavam de “serviços públicos” (+78,4% desde 2014), cujos motivos mais frequentes (73,7%) decorriam de **ausência de escuta/consideração** de argumentos, atrasos de resposta e ausência de resposta. Reporta-se

⁵⁰¹ A Corte de Asilo, que revê decisões da autoridade nacional de proteção de refugiados e apátridas (OFPRA, na sigla francesa), teve aumento de 40,5% entre 2018 e 2019. Cf, FRANCE, Conseil d’État, *Rapport public: Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2019*, Paris: Conseil d’État, 2020.

⁵⁰² SAUVÉ, Jean-Marc, Vice-Président du Conseil d’Etat, *Discours - Les développements de la médiation*, Conseil d’État - Discours et Interventions, disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/les-developpements-de-la-mediation>>. acesso em: 9 dez. 2020.

⁵⁰³ AGACINSKI, Daniel; CADIN, Louise, *Médiation accomplie? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations*, Paris: France Stratégie, 2019, p. 10.

⁵⁰⁴ Segundo seu último relatório (2010), das 79.046 demandas recebidas (41% pedidos de informação e 59% reclamações) os assuntos mais frequentes eram serviços públicos de saúde (30%), previdência e assistência social, justiça, servidores públicos, pensionistas e fiscal. Sua sede central reportou “taxa de sucesso” de 94% nas mediações; as regionais, 83,3%: FRANCE *et al*, *Rapport annuel du Médiateur de la République 2010*, Paris: Assemblée Nationale: Sénat, 2010. — O *défenseur des droits* (DDD) foi efetivamente instituído pela lei orgânica de 29 de março de 2011.

"sucesso" em 80% das "mediações".⁵⁰⁵ Pesquisa de 2020 apontou que 51% dos franceses conhecem a instituição.⁵⁰⁶

Tal figura se consolidou como "ator central da mediação com os serviços públicos" e "observador privilegiado da mediação nos serviços públicos".⁵⁰⁷ Junto ao órgão central, constituiu-se uma rede de mediadores setoriais (*club des médiateurs*), em Ministérios, unidades locais de governo e estabelecimentos como hospitais e universidades, cuja função, na verdade, é de **intermediação institucional** (*médiation institutionnelle*) — de sorte que o papel desse "mediador" é mais próximo de um "**facilitador**" de troca de informações do que de um "conciliador" — servindo de ponte entre administração e cidadão, com dois principais objetivos.

O primeiro é atestar se houve prévio requerimento administrativo e excluir casos já judicializados (nos quais a lei não admite intervenção dos "mediadores"). Essa admissibilidade é relevante também porque, exceto nos casos de mediação prévia obrigatória, o procedimento de mediação não tem efeito suspensivo do prazo (em geral, de apenas dois meses) para se postular perante a Justiça Administrativa. Trata-se de postura historicamente adotada, desde a instauração do *Médiateur*, em 1973, "a fim de evitar que as mediações sejam requeridas com fins puramente dilatórios".⁵⁰⁸

O segundo é o de "**reorientação**". Os casos inadmitidos não são simplesmente recusados: os "mediadores" orientam o cidadão sobre como fazer o requerimento e, em alguns casos, até mesmo o redirecionam de ofício para a análise administrativa prévia. Por isso, a relação com os casos inadmitidos é uma considerada uma parte importante do trabalho dos mediadores,⁵⁰⁹ que cumprem, nessa hipótese, aquele propósito simbólico de aproximação e de **diminuição das assimetrias de informação entre cidadão e Estado**, tentando suprir as

⁵⁰⁵ Dentre as demandas sobre "serviços públicos", os assuntos mais frequentes são: 30% "serviços locais", 17% responsabilidade administrativa, 10% auxílios e subvenções, 7% polícia administrativa, 6% acessibilidade. É interessante notar, ainda, que a sede central recebe 61,1% das demandas por formulário *online*, ao passo que, nas unidades regionais, 71,6% vêm de atendimentos presenciais. Cf. FRANCE, *Rapport annuel d'activité du Défenseur des Droits 2019*, p. 12–22.

⁵⁰⁶ FRANCE, Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité du Défenseur des Droits 2020*, Paris: Défenseur des droits, 2021, p. 22.

⁵⁰⁷ AGACINSKI; CADIN, *Médiation accomplie? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations*, p. 46.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 95–98.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 95–97.

frequentes dificuldades do cidadão, especialmente o mais vulnerável, em entender e ser entendido na complexa burocracia do Estado.

Além desses atendimentos individuais, há iniciativas de publicação de **informativos "independentes"** sobre o funcionamento administrativo dos serviços públicos aos quais estão relacionados (mas sem "validação" política dos órgãos administrativos).⁵¹⁰ O poder de levar a público seu conhecimento sobre os meandros da burocracia administrativa dá ao mediador uma ferramenta com evidente potencial, que não existiria se o mediador fosse um simples órgão controlador externo ou outra figura totalmente alheia à burocracia administrativa daquele setor.

Se admitida a reclamação, o mediador "instrui" o "dossiê" do caso e promove a interlocução com a Administração. O *Défenseur des droits*, em razão de sua "independência e polivalência", não tem acesso direto a informações, mas tem poder de requisitá-las. Já os demais "mediadores" não têm poder de requisitar informações, de modo que dependem da "boa vontade" dos administradores para serem atendidos.⁵¹¹ Essa circunstância é relevante porque, mesmo nesses moldes, a mediação depende muito da participação de ambas as partes, cidadão e administração, e a forma como essa participação é lidada pelo mediador é definidora do caráter do modelo desenhado.

Ao se olhar para o modelo francês de "mediação administrativa", deve-se ter em vista, portanto, que não se trata de um sistema que busca transações com concessões recíprocas ou barganhadas, mas, antes, de um sistema de aprimoramento da comunicação entre cidadão e Estado. Sua motivação é o desejo de "desobstruir as jurisdições administrativas e de economizar no orçamento", e é "parte da **política de melhoria das relações** entre a administração e os usuários" e de modernização da administração e da justiça administrativa francesas, impulsionada pelo Conselho de Estado com "verdadeiro fervor".⁵¹²

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 99.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 104.

⁵¹² BOUSSARD, Sabine, La souplesse des modes alternatifs de règlement des litiges administratifs, in: CLAYES, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Orgs.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif*, Poitiers: Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2018, p. 70. Na percepção da autora, há em torno do assunto "verdadeiro fervor de parte do Vice-Presidente do Conselho de Estado, que o faz um tema recorrente de seus discursos e intervenções" (*ibidem*). Traduções livres; destaques não-originais. De fato, isso é facilmente

4.3.1.d. Em fase experimental: a Mediação Prévia Obrigatória (MPO)

Vislumbrando avançar na prática da “mediação”, a reforma da Justiça Administrativa do Amanhã instituiu, por um período experimental (abril de 2018 a março de 2021), a Mediação Prévia Obrigatória (MPO), em certos casos do “contencioso de agentes públicos” e do “contencioso social”, em regiões determinadas.⁵¹³ Os resultados oficiais, publicados pelo Conselho de Estado francês, são resumidos no **Quadro 12**:

Quadro 12 - Mediação Prévia Obrigatória (MPO): balanço do experimento (França, abril/2018 a março/2021)

Setor institucional	MPO requeridas	MPO iniciadas	MPO concluídas	Acordos	Infrutíferas	Duração média (dias)
Assuntos estrangeiros	11 (0,2%)	11	10	8	2	90
Gestão pública local	832 (15%)	414	313	162	77	70
Educação básica e superior	151 (2,8%)	149	140	95	45	52
Assistência ao desempregado	2746 (50%)	2703	2644	2579	65	30
Defensor de Direitos	1776 (32%)	1533	1257	468	789	109
TOTAL	5516 (100%)	4810 (87%)	4364 (79%)	3312 (60%)	978 (1,7%)	56,5

“Infrutíferas” = ausência de acordo ou de resultado “pedagógico”

*Adaptação e tradução livre de: FRANCE (2021), p. 3*⁵¹⁴

constatado em visita aos portais do Conselho de Estado francês, na internet, semelhantemente ao que ocorre nos portais do Conselho Nacional de Justiça brasileiro. Por todos, na França, ver: SAUVÉ, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions>. — No Brasil, ver materiais da campanha “Conciliar é Legal” em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>>, acesso em: 9 dez. 2020.

⁵¹³ Lei 2016-1547, de 18 de novembro de 2016, de “Modernização da Justiça do Século XXI”, art. 5º, IV: “A título experimental e o mais tardar até 31 de dezembro de 2021, os recursos contenciosos interpostos por determinados agentes sujeitos ao disposto na Lei n.º 83-634, de 13 de julho de 1983, relativa aos direitos e deveres dos funcionários contra atos relativos à sua situação pessoal e os pedidos relativos a prestações, abonos ou direitos concedidos para assistência ou ação social, habitação ou a favor dos trabalhadores privados do trabalho podem ser objeto de mediação prévia, obrigatória, nas condições fixadas por decreto do Conselho de Estado”.

⁵¹⁴ FRANCE, Conseil d’État, *Expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO): Bilan final*, Paris: Conseil d’État, Secrétariat Général, 2021.

Tais números precisam ser lidos lembrando que se trata de um contingente pré-selecionado de assuntos a serem mediados em locais pré-determinados para receber o serviço de mediação. Deve-se ter em vista, ainda, que a média anual de casos mediados (1.839/ano, entre 2018-2021) é um universo que não chega a 1% do tamanho do fluxo de casos submetidos à justiça administrativa francesa, só em primeiro grau (231.280, em 2019⁵¹⁵). Os aspectos mais interessantes, porém, são qualitativos, não quantitativos — embora inferências como a “alta taxa de sucesso” de acordos estejam baseando o planejamento do próprio Conselho de Estado.

Na sua visão, chamaram atenção a concentração nos “litígios sociais” (assistência ao desempregado e Defensor de direitos, que somam 82% do total de MPOs requeridas), a disparidade entre órgãos locais (na tabela, “gestão pública local”) e centrais — notadamente na taxa de “mediações julgadas inadmissíveis” (13% no geral, 50% no caso dos serviços locais), o que revelaria o “nível de conhecimento e compreensão” da MPO pelos requerentes e a necessidade de investigar disparidades de estrutura e conjuntura —, bem como que **a MPO não diminuiu, mas conteve o aumento do contencioso**, em comparação com as regiões em que *não* houve o experimento com a MPO, as quais tiveram menores quedas de demanda (no setor de assistência ao desempregado, houve decréscimo de 21% nas regiões *excluídas* do experimento e de 31% nas *incluídas*) ou maiores aumentos (no setor educacional, houve acréscimo de 72% das demandas nas regiões *excluídas* e de 63% nas *incluídas*).⁵¹⁶

O Conselho de Estado destacou, ainda, os “melhores” resultados dos “mediadores internos” aos órgãos administrativos (assistência ao desemprego e educação), em comparação aos “mediadores externos” (gestão local e Defensor de direitos), aqueles, em geral, mediadores “profissionais”, e estes, “voluntários”. O relatório oficial afirma que os mediadores internos concluíram MPOs em menos tempo e com mais acordos e mais resultados “pedagógicos” — que foram apelidados de “**mediações pedagógicas**”, nas quais a administração não muda sua decisão, mas as “explica e as faz compreensíveis e eventualmente aceitáveis” pela parte interessada —, graças às “explicações e informações que eles [os

⁵¹⁵ FRANCE, *Les chiffres clés 2019 du Conseil d'État et de la juridiction administrative*.

⁵¹⁶ FRANCE, *Expérimentation de la médiation préalable obligatoire*, p. 3–7.

mediadores internos] podem fornecer às partes e em particular aos requerentes, pelo fato de estarem posicionados dentro do órgão ou da Administração”.⁵¹⁷

Ao lado do caráter “pedagógico”, foram apontadas como “vantagens” de caráter “social” (diálogo e escuta ao cidadão e melhor “imagem” à Administração), “pacificador” (já que dá uma “saída à situação de conflito”) e de caráter “inovador” (pois “favorece a emergência de soluções inovadoras” e “permite à administração modificar sua decisão **sem ser desautorizado por um juiz** e sem gerar jurisprudência”). Por outro lado, apontaram-se como “margens de aprimoramento” a superposição com o recurso administrativo prévio obrigatório (RAPO) — foi relatada uma “tentação de transformar a MPO”, que era posterior ao RAPO, “em um RAPO-*bis*”; ao mesmo tempo, ponderou-se que o RAPO era um filtro e que haveria risco de sobrecarga na MPO se realizada *ex ante* —, a necessidade de “esclarecer” o escopo da mediação — como campo de aplicação, modalidades, efeitos jurídicos, tendo em vista os relatos de “confusões” geradas junto a cidadãos e administradores —, a formação e independência do mediador, e a ausência de efeito suspensivo da mediação — o que precisa ser ponderado à luz do fato que a própria ação na justiça administrativa tampouco tem efeito suspensivo *a priori*.⁵¹⁸

Ao final, o Conselho de Estado propõe que a MPO seja “perpetuada, com alterações”, dado que “a MPO não é sempre necessária, ou mesmo pertinente”. Na visão do Conselho, convém convergir a MPO e a mediação convencional, manter a sua gratuidade para o reclamante, tida como um estímulo indispensável, e a sua personalização para cada setor estatal, com “abandono” nos casos em que “o volume do contencioso é insuficiente para que desempenhe um **papel de filtro**”, como em matéria de assistência ao desempregado, auxílio-desemprego e o auxílio-habitacional⁵¹⁹ — revelando, portanto, o confesso propósito do Conselho de Estado francês de que a mediação seja aplicada com vistas ao volume de processos, em detrimentos de outras perspectivas. Ainda na visão do Conselho, tal experimento demonstrou que as “**chaves para uma MPO funcional**” são:

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 5, tradução livre. No relatório, não há clareza sobre essa mensuração, mas afirma-se que, no setor de assistência ao desempregado, 69% dos acordos obtidos foram de caráter “pedagógico” (p. 16).

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 8–13. O estudo não ressalva outras causas que podem ter interferido nessa discrepância entre regiões.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 16–23.

- (a) com relação ao mérito: (a.1) de parte da Administração, reconhecimento de margens de negociação; (a.2) do reclamante, verdadeiro consentimento e interesse em mediar, *e.g.* em diminuir tempo da solução, em efetivamente obter algo com a mediação; (a.3) pelo mediador, independência e imparcialidade;
- (b) com relação à forma, (b.1) pelas partes, conhecimento e “respeito, senão apreciação”, da MPO (**“imperativo de comunicação interna/externa”**); (b.2) pelo mediador, dispor dos meios necessários ao exercício da sua missão (**“adequação de missões atribuídas/meios alocados”**).⁵²⁰

Considerações comparativas serão aprofundadas depois de agregadas as considerações sobre mais um sistema, o dos EUA. Por ora, destaque-se que o intento francês de fazer um verdadeiro experimento, até mesmo com grupo de controle (comparação com regiões que *não* tiveram a MPO implementada), revela não só uma preocupação com a análise de impacto, mas também uma postura que, diante da necessidade de se avaliar políticas públicas, assume um temporário tratamento desigual do ponto de vista processual. O estudo chama atenção, ainda, para o fato de que essa dimensão da “adequação missão/meio” requer mais que uma correlação abstrata entre meios e fins, entre mediação e solução do conflito: trata-se de ser realista quanto às **efetivas condições materiais de que aquela mediação chegue àqueles resultados** específicos — dentre os quais o Conselho não esconde que visa à diminuição do volume contencioso.

4.3.2. Em torno do sistema de jurisdição *una* dos EUA

Como visto, a França não segue o sistema tripartite de separação dos poderes nos moldes idealizados por seu Barão de Montesquieu. Foi nos EUA, porém, que tal idealização se consagrou. A ainda vigente Constituição dos EUA de 1789 desenhou o modelo, difundido no continente americano (no Brasil inclusive), de estado federativo, governo presidencialista, legislativo bicameral e *jurisdição una* — que, porém, assume um desenho diverso do brasileiro. Expressão de seu contexto histórico, a Constituição se preocupou apenas com as linhas gerais

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 16.

dos direitos políticos e da organização estatal.⁵²¹ Não por acaso, dentre os mais antigos julgamentos da sua Suprema Corte, encontram-se questões inter-federativas e entre poderes.⁵²²

Assim como o Conselho de Estado francês, a Suprema Corte dos EUA também teve de esperar o momento político certo para se afirmar competente para julgar questões administrativas. Isso ocorreu em *Marbury v. Madison* (1803),⁵²³ famoso por fixar as noções de superioridade da Constituição, de controle judiciário de constitucionalidade e de supremacia da lei (*rule of law*), a ser respeitada também pelos governantes e, assim, sujeitando seus atos à revisão judiciária (*judicial review*). Portanto, os fundamentos do “**direito administrativo**” **norte-americano** também tiveram importante gérmen jurisprudencial.⁵²⁴

4.3.2.a. *Advocacia pública institucionalizada: controle da litigância das políticas públicas e das políticas públicas de litigância*

A estrutura de advocacia de Estado é também reveladora desse cruzamento entre política e jurisdição. O “Advogado Geral dos EUA” (*US Attorney General*), chefe do “Departamento de Justiça” (*Department of Justice - DOJ*), acumula a autoridade máxima de

⁵²¹ A Constituição dos EUA tem sete artigos: Poder Legislativo (artigo I), Executivo (II) e Judiciário (III), da federação (IV), emenda à constituição (V), estatuto legal da constituição (VI) e da sua ratificação (VII). Limita-se a traçar marcos da organização dos Poderes, da eleição e da nomeação para cargos públicos, e do exercício de alguns “poderes de polícia” ou “de império”, como legislar, tributar, exercer poderio militar, relacionar-se internacionalmente, decidir conflitos e punir ilícitos. Nas emendas, acrescem-se garantias a direitos civis. Precederam-lhe a “Declaração de Independência”, de 4 de julho de 1776, e os “*Articles of Confederation*”, ratificados em 1781, que pretendiam constituir uma confederação sem poder central.

⁵²² Ver *Chisholm v. Georgia* (1793), discutindo o poder jurisdicional das cortes federais em relação aos estados-membros, *New York v. Connecticut* (1799), discutindo limites geográficos aos poderes dos estados-membros, e *Gibbons v. Ogden* (1824), discutindo a competência federal para regular o comércio interestadual.

⁵²³ ***Marbury v. Madison* (1803)**. Willian Marbury ajuizou ação originária na Suprema Corte com o objetivo de obter “*writ of mandamus*” contra James Madison, secretário de Estado do presidente Thomas Jefferson, que retardava a posse do impetrante no cargo de juiz de paz, para o qual havia sido nomeado pelo presidente antecessor (John Adams), já ao final do mandato. Embora tenha reconhecido o direito de Marbury à posse, a Corte deu ao caso uma saída processual: julgou que era inconstitucional a competência dada pela lei à Suprema Corte para expedir o “*writ of mandamus*” (Judiciary Act de 1789). Desta forma, estrategicamente, ao mesmo tempo em que afirmou seu poder, a Corte evitou um embate com as autoridades do poder executivo, o que, à época, seria sensível. Cunhou-se na decisão, ainda, a expressão “para cada direito, um remédio”: Cf. CORNELL LAW SCHOOL, Legal Information Institute, *Wex Articles*, disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex_articles>. acesso em: 31 out. 2020.

⁵²⁴ Tão famosa quanto a ideia de Albert Venn Dicey de que não existiria direito administrativo no direito anglo-saxão é a crítica de sua definição de “direito administrativo” estava equivocada: Cf. MARQUES NETO, O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. — Revisitando a “inexistência” do direito administrativo nos EUA: MASHAW, *The American Model of Federal Administrative Law*.

competências que, no Brasil, são divididas entre MPF, AGU e até mesmo algumas do Ministério da Justiça, como as relações com entidades policiais. Originalmente, a função era de um só advogado, com jornada de meio período. Sua demanda, porém, cresceu “rapidamente”, ao passo em que crescia também o tamanho do Estado e o volume de litígios, justificando a criação de um departamento próprio. Hoje, o DOJ tem 93 “*US Attorneys*”, indicados pelo presidente, os quais são assistidos por “*Assistant US Attorneys*”, servidores públicos de carreira (em geral, recrutados por seleção curricular e entrevistas).⁵²⁵

Ao *Attorney General* se reportam todos os advogados governamentais federais, a começar pelo gabinete do *Solicitor General*, órgão que representa os EUA perante a Suprema Corte e que é popularmente chamado de seu “décimo juiz”, por ser tido como “menos político” (para alguns, até “imparcial”), no seu papel de dar pareceres para a Corte e de selecionar (= *decidir*) quais casos seguem adiante perante a Corte, sempre que estejam no litígio entes federais, ainda que “agências independentes”,⁵²⁶ ou se trate de litígio *entre* entes federais — caso em que lembra a função do AGU do Brasil, cuja autorização é necessária para a litigância judicial entre entes da Administração Federal (art. 39, Lei 13.140/2015). Nesta seleção, espera-se que o *Solicitor General* “vise não só a ganhar o caso, mas a *ajudar a Corte* em achar a solução mais conducente com o *interesse público*”.⁵²⁷

Rebecca Salokar aponta que essa função foi criada pela necessidade de uma “**centralizada política legal para o governo**”, cujo efeito foi criar o “mais frequente e mais bem sucedido litigante perante a Suprema Corte”: é o “litigante repetitivo ideal”, praticamente livre de ônus financeiros e com “alta credibilidade” junto aos julgadores, tornando-o uma autoridade que, ao pautar a agenda da Suprema Corte, **decide sobre políticas nacionais**. Especialmente em matéria penal, **confessa erros**, e, para lidar com o volume de demandas, dispensa manifestações em certos casos. Conquanto muito debatida, não é reconhecida

⁵²⁵ Nos estados-federados, por outro lado, a maioria dos chefes dos departamentos de representação do governo em juízo é selecionada por eleição popular. Cf. HERZ, Michael; DEVINS, Neal, The Consequences of DOJ Control of Litigation on Agencies Programs, *Administrative Law Review*, v. 52, n. 4, p. 1345–1375, 2000; U.S.A., Department of Justice, *About DOJ*, DOJ, disponível em: <<https://www.justice.gov/about>>. acesso em: 20 nov. 2021.

⁵²⁶ Assim, essa “independência” é limitada, quando a questão é judicializada: cf. HERZ, Michael, United States v. United States: When Can the Federal Government Sue Itself, *William & Mary Law Review*, v. 32, issue 4, p. 894–991, 1991, p. 954.

⁵²⁷ Walter E. Meyer, Research Institute of Law, Government Litigation in the Supreme Court: The Roles of the Solicitor General, *The Yale Law Journal*, v. 78, n. 8, p. 1442–1481, 1969, p. 1443 (destacou-se). O *Solicitor General* está disciplinado no título 28 (“do judiciário e do processo judicial”) do *U.S. Code*, §505-518.

“independência” a esta figura que, apesar de sua tradicional “lealdade” à Corte e “autonomia” em relação à Administração, **não está livre de respeitar as políticas de governo**. Para a autora, o resultado é um papel de “*mediador*” de pesos e contrapesos dos Poderes.⁵²⁸

Mesmo no âmbito da Administração descentralizada, embora outros advogados possam pertencer à Administração, a representação do Estado é prerrogativa do DOJ (diretamente ou mediante seu consentimento). Em torno disso, há debate sobre os **efeitos no “programa substantivo das agências”** causados por esse desenho institucional de representação judicial, sejam positivos, como a coesão das políticas federais, sejam negativos, como conflitos de interesse em razão do vínculo do DOJ com a Administração central. Na medida em que o DOJ tem a prerrogativa de negar o ajuizamento, a formação de precedentes em relação às políticas públicas é diretamente afetada pelo grau de aversão a risco de seus advogados, cuja perspectiva em relação ao litígio costuma ser diferente dos advogados internos da agência.⁵²⁹ Por outro lado, em algumas instâncias administrativas, há **dispensa de advogado**, tanto para a parte quanto para o Estado, como nos recursos diante de “juízes administrativos” do “massivo programa de Seguridade Social para Incapacitados”, cuja representação por advogado só é obrigatória se desta decisão houver recurso para a instância “judiciária” (*Curcuit Court*).⁵³⁰

⁵²⁸ SALOKAR, Rebecca Mae, *The solicitor general: The politics of law*, Philadelphia: Temple University Press, 1994, p. 2–11; 117–118; 174–179. Tradução livre. Itálicos originais; negritos não-originais.

⁵²⁹ HERZ; DEVINS, *The Consequences of DOJ Control of Litigation on Agencies Programs*, p. 1362, nota 64.

⁵³⁰ KAGAN, *Adversarial Legalism (2019)*, p. 12, em que chama esse modelo de “sistema de decisões sequenciais”.

4.3.2.b. Reformas junto a métodos tradicionais: da deferência judiciária aos processos estruturais

No período de 1890 a 1937, chamado “*Era Lochner*”,⁵³¹ diversas políticas sociais foram invalidadas “por violação ao devido processo legal substancial”, seguindo a orientação de que o Estado deveria se limitar às (poucas) prestações estatais previstas na Constituição dos EUA, não devendo intervir em outros âmbitos. Políticas socioeconômicas do *New Deal* só ocorreram depois de momentos de tensão entre Judiciário (mais conservador) e poderes eleitos, até que a Suprema Corte mudou de posição.⁵³² Portanto, o endereçamento de conflitos ao **Judiciário pode ser tanto uma estratégia conservadora como renovadora.**

Neste debate, destaca-se *Carolene Products Co. v. United States* (1938).⁵³³ O caso estabeleceu a presunção da constitucionalidade das leis, em **deferência** às escolhas dos poderes eleitos por voto majoritário. De um lado, deu ao *judicial review* um caráter mais processual-instrumental, de controle de adequação entre meios e fins, evitando discutir o mérito da escolha legislativa. De outro, sua famosa Nota de Rodapé nº 4 previu uma importante ressalva: minorias incapazes de influenciar políticas majoritárias poderiam, sim, contar com um escrutínio mais detalhado pelo Poder Judiciário.

⁵³¹ Em razão do julgamento *Lochner v. New York* (1905), em que a Suprema Corte julgou inconstitucional lei estadual que limitava o trabalho de padeiros em dez horas diárias, por se entender que não atendia ao devido processo legal substancial que garantia a sua liberdade de trabalhar (e a dos empresários de empregar). — Nos EUA, até o programa de Seguridade Social já foi desafiado nestes termos, sob argumento de que os tributos necessários para custeá-lo seriam um ônus inconstitucional à iniciativa privada.

⁵³² Em *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937), que julgou constitucional lei do Estado de Washington que dispunha sobre salário-mínimo e condições sanitárias mínimas no trabalho de mulheres e menores, revertendo o entendimento de *Lochner v. New York*, de que a liberdade contratual seria um “direito fundamental”, e demonstrando que esse conceito sofre variação de entendimentos pela Suprema Corte: CORNELL LAW SCHOOL, *Wex Articles*.

⁵³³ *Carolene Products Company et al. v. United States* (1938) julgou constitucional lei federal que proibia o comércio interestadual de produtos que “imitavam leite”. A Suprema Corte fixou que, quando o Congresso exerce uma competência, seus métodos só podem ser derrubados sob “clara e convincente demonstração de que não há *base racional* para a legislação”. Na Nota de Rodapé nº 4, o relator, *Justice* Harlan Stone, anotou que “pode haver um escopo mais estrito na operacionalização da presunção da constitucionalidade quando a legislação parece estar dentro de uma proibição específica da Constituição, como aquelas das dez primeiras emendas [*Bill of Rights*] (...) leis direcionadas a religiões particulares (...) ou nações (...) ou minorias raciais (...); a exigir uma correspondente apuração judicial mais aprofundada”: *Ibid.*

Isso foi essencial para a evolução dos direitos civis, nas décadas seguintes, como em *Brown v. Board of Education* (1954),⁵³⁴ paradigmático não só pelo julgamento, mas pela sua forma de cumprimento pelos Tribunais Federais, que “transformaram medidas mandamentais (*injunctions*) em ferramentas para gerenciar esse processo reconstutivo”,⁵³⁵ que não poderia ser concluído senão por uma *reforma estrutural* na própria burocracia estatal. Fala-se, então, em “processos judiciais de caráter estrutural” (ou “*processo estrutural*”).

Para Owen Fiss, o **modelo “reforma estrutural”** faz surgir uma nova espécie do gênero “adjudicação”, que compreende o caráter burocrático do Estado moderno, contrapondo-se ao **modelo “solução de disputas”**, falho na função de dar “conteúdo operacional” a valores públicos e, onde houver conflitos, “estabelecer prioridades”. Cortes não se reduzem a uma “forma elitista de arbitragem subsidiada”. A escolha política de juízes, nos EUA, faz das cortes parte do sistema democrático de governo. Processos sociais clássicos de participação (*solução de controvérsias, votação e negociação*) dificilmente protegem marginalizados, de sorte que outros centros de decisão são necessários para mudanças contramajoritárias. Nesses casos, para o autor, a legitimidade está na necessidade e “o procedimento se tornou dependente da substância”.⁵³⁶

Processos estruturais foram repetidos em setores como o hospitalar, o policial e, mais recentemente, o prisional, nos quais se fizeram necessários os “**administradores judiciais**” (“*special masters*” e “*receivers*”). Trata-se de figura que mantém vínculo com o juízo para “preservar a unidade entre direito e remédio” e evitar que o *centro de decisão* retorne para as autoridades administrativas originalmente responsáveis pela falha no setor.⁵³⁷ A experiência

⁵³⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) julgou inconstitucional a segregação racial em escolas, revertendo a doutrina “separados porém iguais”, por considerar que a separação escolar é intrinsecamente desigual. A resistência à observância deste precedente levou a Suprema Corte a reafirmá-lo no caso *Cooper v. Aaron* (1958), afirmando que nenhuma autoridade pública teria poder para ignorar, frustrar ou atrasar a ordem judicial de dessegregação. A decisão foi de **complexa execução**, objeto de novas decisões da Suprema Corte, sobre o tempo de transição (*Brown II*, 1955) e política de matrículas e contratação de pessoal (*Brown III*, 1992), persistindo por quase 4 décadas, até que um plano de conformidade foi elaborado, finalmente desenhando a escola hoje existente em Topeka: BROWN FOUNDATION, *Brown Case - Brown v. Board*, disponível em: <<https://brownvboard.org/content/brown-case-brown-v-board>>. acesso em: 2 dez. 2020.

⁵³⁵ FISS, Owen, To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction, in: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.), *Processos estruturais*, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 31.

⁵³⁶ FISS, Owen, Foreword: The forms of justice, *Harvard Law Review*, v. 93, p. 1–60, 1979, p. 1, 3, 4, 17, 37, 43. — Uma versão traduzida foi publicada em: FISS, *Direito como razão pública*, p. 23–80. — Ao reconhecer impactos financeiros das reformas estruturais, o autor afirma que se trata do “preço do constitucionalismo”: FISS, To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction, p. 41.

⁵³⁷ FISS, To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction, p. 43.

mostra que esses administradores enfrentam profundas dificuldades e resistências para implementar alterações estruturais.⁵³⁸ Por si, isso não coloca em questão o método, até porque é algo esperado em mudanças contramajoritárias. A questão que se deve colocar é se, sem tal monitoramento, outro método conseguiria implementá-las de modo mais eficiente.

Ilustra-se, assim, que a **“adequação” de métodos não se dá em termos absolutos**: é comparativa, sujeita a tentativas, erros, vieses e variável de acordo com os objetivos estabelecidos. Métodos de solução de conflitos não fazem a realidade em si menos complexa, apenas facilitam sua abordagem. Variam em aspectos como o grau de redução das questões subjacentes ao problema a ser resolvido — maior no modelo de “solução de disputas”, menor no modelo de “reformas estruturais” —, e, conseqüentemente, a quantidade de interessados, de prioridades concorrentes e de polos decisórios envolvidos.

Ilustra-se, em segundo lugar, que métodos de resolução de disputas e graus de deferência decisória formam uma matriz cujos resultados não se limitam a aspectos de celeridade ou economicidade processual. Deferência não é só questão de postura judicial, decorre também do que cada comunidade, a seu tempo, compreende como **“jurídico”, “político” ou de “expertise”** técnica diversa da jurídica. Além de ideologia política, a formação jurídica,⁵³⁹ o histórico de “conquista” de direitos e sua elevação ao plano constitucional — diminuindo as liberdades de escolhas no plano legal-infraconstitucional — também influenciam nessa visão.

⁵³⁸ Depois de uma década de monitoramento, o *Special Master* nomeado, em *Coleman v. Brown* (1990), para supervisionar reformas em prisões da Califórnia, relatou que continuava a deterioração dos cuidados de saúde mental devido à superlotação, o que foi confessado pelo Estado, em 2001, em *Plata v. Brown*. Em 2005, diante da persistência do problema, foi nomeado um *Receiver*, que, três anos depois, relatou que as deficiências continuavam. Nos termos da Lei de Litígios de Reforma de Presídios de 1995, editada em razão da disseminação desse tipo de demanda, os demandantes de Coleman e Plata postularam a convocação de um colegiado de três juízes, que ordenaram a redução da população carcerária para 137,5% de sua capacidade, em dois anos, e que Estado formulasse um plano de conformidade para aprovação do tribunal. Em *Brown v. Plata* (2011), a Suprema Corte validou tal decisão, afirmando que cabe ao Judiciário garantir a implementação administrativa dos remédios processuais que visem a repará-las, especialmente quando houver falha da Administração em fazê-lo. CORNELL LAW SCHOOL, *Wex Articles*.

⁵³⁹ Em pesquisa com centenas de pessoas, juízes e advogados demonstraram grau menor de viés que estudantes de direito e estes, por sua vez, menor que o “público geral”. Os pesquisadores concluíram que o “julgamento profissional” conferido pela formação jurídica, aplicado a fatos concretos, diminui a **“cognição protetiva da identidade”**, ou seja, a seletividade de informações para se reafirmar cultural ou ideologicamente: KAHAN, Dan M *et al*, “Ideology” or “situation sense”? An experimental investigation of motivated reasoning and professional judgment, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 349–439, 2016, p. 422.

Por exemplo, o tema da imigração é tido como “área de tratamento deferencial”, nos EUA, por razões “técnicas”. Israel e Hong Kong têm grau parecido de deferência no assunto, justificada pela natureza “política”. Já na Austrália, a natureza “jurídica” do tema tem sido motivo de tensão “por causa das crescentes tentativas *legislativas* para restringir o escopo das revisões *judiciais* sobre as decisões *administrativas* nessa área”.⁵⁴⁰ Diferentes percepções de deferência podem induzir, portanto, diferentes **percepções de “adequação”**, notadamente se o objetivo é chegar a um resultado específico só alcançado pela combinação entre um método “*processual*” específico e um grau de deferência específico da “*instituição*” tomadora de decisão.

Apesar dos processos estruturais, o judiciário dos EUA continua relativamente mais deferente a escolhas do “governo”⁵⁴¹ do que outros países.⁵⁴² Até mesmo a noção de “fundamentalidade” de direitos como educação⁵⁴³ e saúde⁵⁴⁴ sofre essa influência: diferenciam-

⁵⁴⁰ ZHU, Guobin, Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives, *in*: ZHU, Guobin (Org.), *Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives*, Hong Kong: Springer International Publishing, 2019, v. 39, p. 9 (destacou-se).

⁵⁴¹ Hoje, o *leading case* é ***Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC (1984)***, que fixou um “teste” de duas etapas para determinar o grau de deferência: (i) se houver uma prescrição expressa e clara do legislador, não há discussão; cabe aos tribunais e aos órgãos administrativos observá-la; (ii) se não houver prescrição ou se ela for ambígua, não deve haver simples e imediata suplantação pelo judiciário; antes, deve-se verificar se o ato governamental em questão é baseado em uma “razoável construção” interpretativa da lei. O caso discutia a competência da Agência de Proteção Ambiental (EPA) para definir o termo “poluentes estacionários”, em licenças ambientais. Cf. CORNELL LAW SCHOOL, *Wex Articles*. — Apontando que a Suprema Corte aplica restritamente o caso *Brown v. Board of Education* como paradigma: GREENE, Jamal, *Right as Trumps?*, *Harvard Law Review*, v. 28, p. 28–132, 2018, p. 32.

⁵⁴² Cf. ZHU, Deference to the Administration in Judicial Review, p. 9.

⁵⁴³ Em ***San Antonio v. Rodrigues (1973)***, a Suprema Corte fixou que falta competência ao Poder Judiciário para, com fundamento na igualdade ou na fundamentalidade do direito à educação, invalidar o sistema de financiamento das escolas do Texas, baseado em fundos de tributos sobre imóveis locais, de modo que regiões mais pobres tinham menos recursos. O julgamento se insere em antiestatista (e supostamente “anticomunista”) e é objeto de críticas. Em ***Cook v. Raimondo (2020)***, ao rejeitar tentativa de reversão do precedente, com base na divergência do *Justice Marshall* (ex-advogado em *Brown*), que entendeu a educação como fundamental para o voto e outros direitos, a Corte federal de Rhode Island afirmou: “Os demandantes devem ser elogiados por trazerem este caso. Ele destaca uma falha profunda em nossas prioridades e políticas nacionais de educação. O Tribunal não pode fornecer a reparação que os Requerentes buscam, mas ao negar essa reparação, o Tribunal adiciona sua voz aos Requerentes ao chamar a atenção para o seu fundamento. Esperançosamente, outras pessoas que têm o poder de atender a essa necessidade responderão apropriadamente”: COLUMBIA UNIVERSITY, Teachers College, *Cook v. Raimondo: The Case to Establish a Right to Education Under the U.S. Constitution*, Center for Education Equity, disponível em: <<http://www.cookvraimondo.info/>>. acesso em: 3 dez. 2020.

⁵⁴⁴ Em ***Estelle v. Gamble (1976)***, a tutela à saúde foi reconhecida a detentos, pelo direito à pena não-cruel, mas, em ***Maher v. Roe (1977)*** e ***Harris v. McRae (1980)***, apesar de se reconhecer o direito ao aborto, recusou-se o dever estatal de custeá-lo. Em ***Youngberg v. Romeo (1982)***, reconhece-se que, se oferecido, o tratamento mental deve ser condigno, mas que “[um] Estado [federado] não está sujeito a nenhum dever constitucional de prover

se a **tutela do direito a prestações estatais**, cujas interpretações tendem a ser restritivas, no contexto da enxuta Constituição dos EUA, e a **tutela a uma forma justa de prestação estatal**, em geral controlada em termos de igualdade.⁵⁴⁵

Comparativamente, a extensa Constituição do Brasil de 1988 prevê mais obrigações estatais, coloca no Judiciário a guarda da sua concretização e confere, na largueza dos princípios constitucionais, mais espaços de conflito e de interferência, tanto porque, na ponta, tende a “juridificar” mais os processos de tomada de decisão, como porque, no topo, torna **mais “compartilhadas”, porém menos claras, as competências** para “construção do interesse público no caso concreto”.⁵⁴⁶ Ainda que se defenda que esse modelo decorre de uma eleição constitucional do conflito judiciário como um veículo “adequado” para a rotina democrática,⁵⁴⁷ não se pode esperar chegar longe, quando sequer se saber a quem entregar o volante.

Essas comparações permitem inferir que, em diferentes momentos históricos, diferentes estratégias *políticas* foram utilizadas para organizar as “técnicas” de resolução de conflitos. Nem toda demanda (quicá nenhuma) atribuída a instituições *jurídicas* são “ontologicamente de Direito”, assim como nem toda disputa de direito é encaminhada para instituições jurídicas. Ao se (des)concentrar ou (des)incentivar a solução de controvérsias em tribunais, agências administrativas ou câmaras privadas de conciliação ou de arbitragem, não se está fazendo mera “**gestão processual**”, no sentido burocrático, mas uma verdadeira **gestão política** do fluxo de direitos, de prestações estatais e de reações socioeconômicas.

serviços substantivos”. Isso foi argumentado em **NFIB v. Sebelius (2012)**, em que a Suprema Corte validou parte do *Affordable Care Act* (“Obamacare”), impugnado por 26 dos 50 estados dos EUA. CORNELL LAW SCHOOL, *Wex Articles*.

⁵⁴⁵ Tal deferência se estende a inúmeros programas em áreas como educação, habitação, benefícios a veteranos de guerra, meio-ambiente, seguridade social, assistência médica, pesquisas científicas, artes, desenvolvimento comunitários, e financiamento público de campanhas: SWENDIMAN, Kathleen S, Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers, *Congressional Research Service - CRS Report for Congress*, 2012, p. 11.

⁵⁴⁶ Cf. SUNDFELD, CARLOS ARI, A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação.

⁵⁴⁷ Em sentido próximo: BARROSO, Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. — A título de curiosidade, a Constituição dos EUA cita 19 vezes as palavras “judicial”, “judge(s)” ou “justice” (equivalentes a judiciário, juiz e juiz da suprema corte ou justiça); a Constituição do Brasil cita 476 vezes as palavras “judicial” (ou “judiciais”, “judicialmente”), “judiciário(a)”, “juiz(es)”, “juízo” (descontado “juízo prévio”), “juizado”, “desembargador(es)”, “ministro” (do judiciário) e “justiça” (em sentido institucional).

4.3.2.c. Alternativas de métodos: a implementação da “política administrativa de ADRs”

No setor público, como no privado, as **relações trabalhistas** são o palco tradicional da institucionalização das “políticas” de ADRs, nos EUA. Lei de 1888 instituiu o primeiro programa federal de ADRs, de arbitragem voluntária para trabalhadores ferroviários. Nas décadas seguintes, a legislação expandiu o programa com mediação (1898) e criou um Comitê de Mediação (1913), hoje desdobrado em duas agências independentes: o *National Mediation Board* (desde 1934), voltada para o setor ferroviário e aéreo, e o *Federal Mediation and Conciliation Service – “FMCS”* (desde 1947), voltada para os demais setores. Ambas atendem tanto empregados públicos como privados, em litígios individuais e coletivos, “a preço de custo”, oferecendo terceiros neutros para procedimentos como mediação, facilitação, arbitragem e regulação negociada, bem como treinamentos para governos estrangeiros.⁵⁴⁸

Nas demais relações governamentais, o embrião foi o *Administrative Procedure Act* de 1946, que autorizou certas soluções extrajudiciais via processo administrativo. Sua expansão, contudo, só foi impulsionada após o “big bang” do movimento dos ADRs na “Conferência Pound” de 1976, quando o *Attorney General* instituiu o primeiro programa de ADR comunitário e o Congresso passou a incentivar o uso de ADRs nos órgãos governamentais.

Uma **legislação temporária experimental**, o *Administrative Dispute Resolution Act – ADRA* (Lei 101-552, de 1990), instituída para valer por cinco anos, determinou a implementação de “**políticas de ADRs**” nas agências federais e a nomeação de especialistas para conduzi-los. No próprio texto legal, o Congresso dos EUA deixou expresso sua intenção de conferir “prontidão, expertise e menor custo” na solução de litígios, bem como buscar “soluções criativas, eficientes e sensíveis”, tendo em vista que os procedimentos administrativos teriam se tornado “formais, custosos e lentos” e que a experiência do setor privado teria demonstrado que os ADRs são “mais rápidos, menos custosos e menos contenciosos”, razão pela qual o setor público não só poderia deles se beneficiar como “assumir a liderança no seu futuro desenvolvimento e refinamento” (§2º).

⁵⁴⁸ Agradece-se ao escritório-sede do FMCS pelos valiosos esclarecimentos a respeito do funcionamento e do contexto dos programas de ADR no governo dos EUA, os quais foram essenciais para as reflexões deste tópico. — Sobre o FMCS: U.S.A., Federal Mediation and Conciliation Service, *Services: Alternative Dispute Resolution for Government*, disponível em: <<https://www.fmcs.gov/>>. acesso em: 7 nov. 2021. — Sobre o histórico dos programas federais de ADR dos EUA: SENGER, Jeffrey M., *Federal dispute resolution: Using ADR with the United States government*, San Francisco: Jossey-Bass, 2004, p. 11–17.

O Poder Executivo, por sua vez, atribuiu ao Advogado Geral (*Attorney General*) a coordenação dessa política, determinando aos advogados governamentais **obrigatória tentativa de acordo** prévia à judicialização de demandas que envolvessem a Administração Federal, bem como observância de “princípios” para melhoria das técnicas regulatórias — com revisão de erros, de linguagem e de falhas de comunicação (*Executive Order* nº 12.778, de 1991). O *Attorney General Federal ADR Council*, por sua vez, enumerou como “**princípios**” **dessa política**: confidencialidade, neutralidade, preservação de direitos de adjudicação, voluntariedade, direito de representação, rapidez, coordenação entre agências, qualidade do programa e ética profissional.⁵⁴⁹

Pesquisa empírica da Universidade de Indiana⁵⁵⁰ mostrou que, nesse período experimental, 100% dos gabinetes (equivalente a Ministérios) da Administração central federal e a maioria das subunidades do governo federal implementaram pelo menos um programa nomeado de “mediação”, cujo conceito, porém, é muito variado (ver tópico XXX). Segundo autoridades entrevistadas, a mediação “era o ADR preferido”, pois “era mais fácil de implementar porque a agência retém total controle do resultado”, “o mediador não tem poder de impor decisão” e, “portanto, era considerado menos ameaçador”. O segundo lugar de preferência foi ocupado por formas como avaliação neutra de terceiro, *minitrials* e juízos conciliatórios (“*settlement judges*”, por vezes considerados mera variação da “mediação”), justamente por serem também não-vinculantes. O uso de arbitragem, cujo resultado seria vinculante apenas para a parte privada, foi isolado.

Depois desse experimento, um novo ADRA (Lei 104-320, de 1996) foi editado, com algumas modificações, notadamente para **aumentar a confidencialidade** das comunicações entre as partes e o terceiro imparcial, bem como para tornar a arbitragem vinculante também para a parte pública. Dois anos depois, o ADRA foi reeditado (Lei 105-315, de 1998, reformando o título do “judiciário e processo judicial” do *U.S. Code*), exigindo que as cortes federais também implementassem “seu próprio programa de ADR” e “proporcione aos litigantes em todos os casos cíveis **ao menos um processo alternativo** de solução de disputas”.

⁵⁴⁹ BREGER, Marshall J.; LAUFER, Deborah Schick, *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*, Chicago: American Bar Association, 2000, p. viii–ix. Os autores propõe que, nesta análise, seja questionado: “se o uso de ADR for possível, é desejável?”.

⁵⁵⁰ BINGHAM; WISE, *The ADRA of 1990: How Do We Evaluate Its Success?*

O **Quadro 13**, abaixo, resume o cenário estabelecido na Administração federal depois de uma década dessa política.

Quadro 13 - Programas de ADRs na administração federal dos EUA (2005-2006)

	Dep. Justiça	Dep. Tesouro	Dep. Saúde	Dep. Educação	Dep. Defesa	Ag. Ambiental	Ag. Consumidor	Ag. Seguro Social	Ag. Mercado de Capitais	Total Departamentos (Adm. Central) (n = 15)	Total Agências independentes (n = 31)
“Mediação”	•	•	•	•	•	•	•	•	•	15 (100%)	31 (100%)
Facilitação	•	•	•	•	•	•	•	•	•	13 (86,6%)	23 (74,2%)
<i>Ombudsman</i>	•	•	•	•	•	•	•			13 (86,6%)	9 (29%)
Juiz-conciliador	•	•	•		•	•	•	•		12 (80 %)	15 (48,4%)
<i>Partnering</i>	•	•	•	•	•		•			11 (73,3%)	7 (46,6%)
<i>Coaching</i>	•	•	•	•	•	•	•		•	10 (66,6%)	14 (45,2%)
Consenso com participação popular	•	•	•	•	•	•	•			10 (66,6%)	13 (41,9%)
Regulação negociada	•	•	•	•		•				7 (46,6%)	7 (22,5%)
Arbitragem (não-trabalhista)	•	•								5 (33,3%)	7 (22,5%)

Elaboração própria. Dados: ADR.gov (2007)⁵⁵¹

Nota-se difusão de programas com configurações que variam de acordo com os métodos escolhidos por cada departamento, presumidamente os mais adequados às suas finalidades institucionais. Apesar dessa difusão, o Departamento de Justiça ainda ocupa papel nuclear na política dos ADRs do governo federal dos EUA, na medida em que ao *Attorney General* foi atribuída a sua coordenação e que a hierarquia dos advogados das demais instituições federais converge no próprio *Attorney General*. Há uma divisão interna ao Departamento dedicada exclusivamente a essa política (*Office of Dispute Resolution*).

⁵⁵¹ U.S.A., Office of the Attorney General, *Report for the President on the use and results of ADR in the Executive branch of the Federal Government*, Washington, D.C: disponível em <ard.gov> (acesso 2 nov. 2021), 2007, p. 128–136. As colunas marcadas com • tratam de parte exemplificativa dos Departamentos (“Dep.”) da administração central e das Agências Independentes (“Ag.”) da administração descentralizada do governo federal dos EUA. As duas últimas colunas consideram todas os Departamentos e Agências mencionados na pesquisa. As linhas tratam dos métodos aplicados nos programas de ADR.

Especificamente em relação ao Departamento de Justiça, apurou-se, dentre casos cíveis documentados entre 1995 e 1998, que 65% dos casos submetidos a ADR resultavam em acordos, os quais ocorriam mais quando o ADR era voluntário (75%) do que quando mandatório (50%). Quanto mais cedo submetidos ao ADR, menor foi a duração do caso. Casos de responsabilidade civil (*tort*) tiveram a maior taxa de acordo (73%). Estimou-se, ainda, que cada advogado usou 12 horas de preparo e 7 horas participando do ADR, com economia de 10 mil dólares, 88 horas de trabalho e 6 meses de litígio por caso. No mérito, a maioria dos acordos teve **mesmo desfecho que casos semelhantes julgados**. Diante disso, os pesquisadores concluíram que o uso de ADRs pelo governo “pode ser uma solução eficiente e efetiva para solucionar problemas de tempo e custo no sistema de justiça, sem sacrifício para a qualidade da macrojustiça”.⁵⁵²

Quadro 14 - Resultados quantitativos do programa de ADRs do Departamento de Justiça dos EUA (2013-2017)

	2017	2016	2015	2014	2013
Novos casos admitidos ao programa	502	517	527	446	489
Acordo após ADR voluntário	75%	75%	71%	69%	82%
Acordo após ADR determinado por juiz	55%	52%	58%	59%	62%
Sem-acordo, mas beneficiados pelo ADR	77%	70%	73%	77%	57%
Tempo de advogados e equipe evitado (dias)	13.886	26.388	20.861	8.293	14.606
Tempo de litígio evitado (meses)	1.967	2.733	2.108	1.740	2.721
Acordo melhor que o julgamento esperado	76%	72%	-	-	-
Acordo evitou precedente desfavorável	39%	44%	-	-	-
Custo administrativo evitado (dólares)	\$15,5 mi	\$70,6 mi	\$14,2 mi	\$9,1 mi	\$24,8 mi
Investimento no programa de ADR (dólares)	\$1,2 mi	\$1,3 mi	\$1,3 mi	\$1,7 mi	\$1,3 mi
Relação custo evitado/investimento (dólares)	\$12,9	\$54,3	\$10,9	\$5,3	\$18,5

*Adaptado de: Justice.Gov (2020)*⁵⁵³

⁵⁵² BINGHAM, Lisa Blomgren *et al*, Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 24, n. 2, p. 225–262, 2009, p. 225.

⁵⁵³ U.S.A., Department of Justice, *Alternative Dispute Resolution at the Department of Justice*, disponível em: <<https://www.justice.gov/archives/olp/alternative-dispute-resolution-department-justice>>. acesso em: 2 nov. 2021, (publicado em jul. 2020). Dados não-disponíveis foram marcados com “-”.

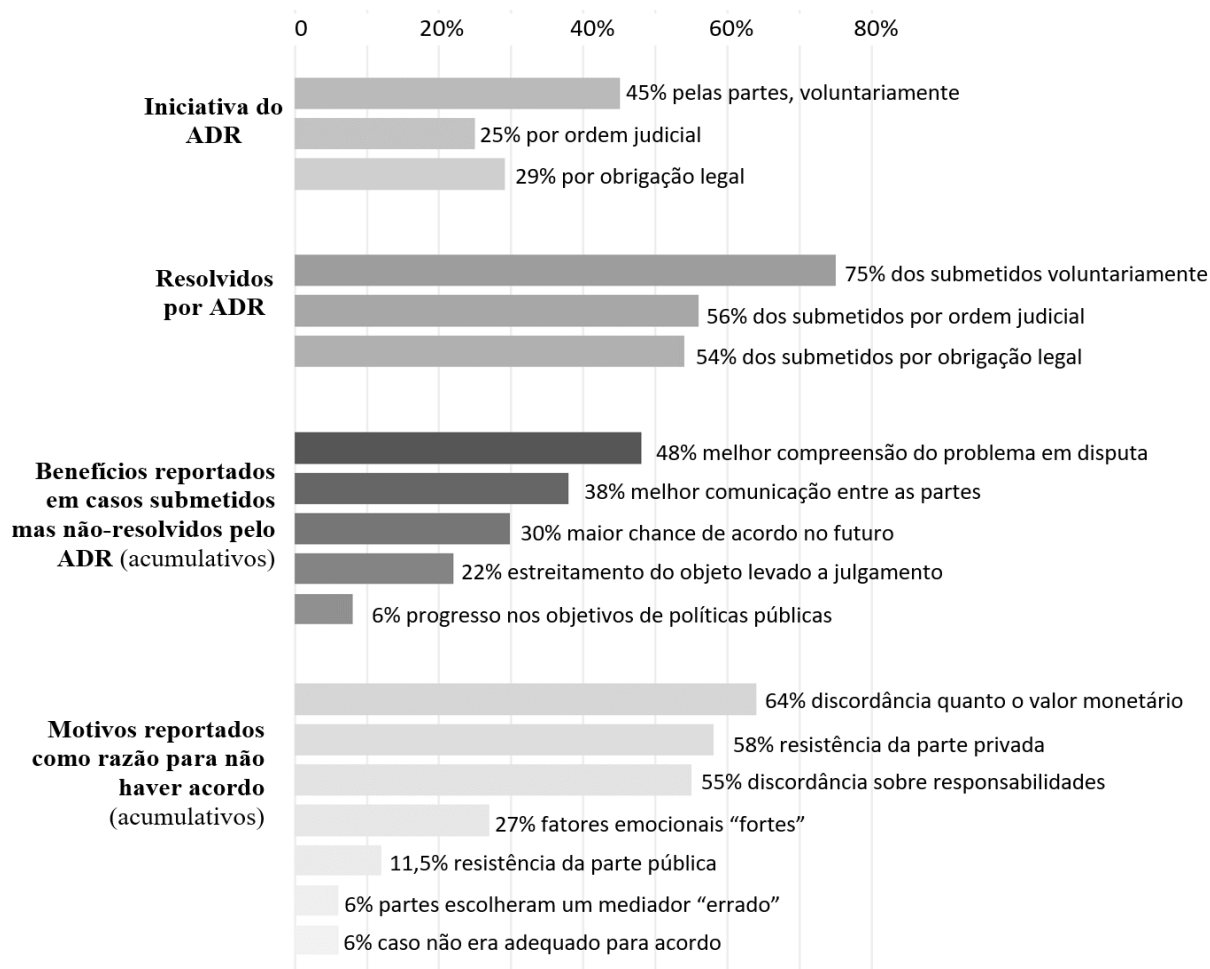
Essas ordens de grandeza nos resultados do programa se mostraram consistentes por mais de uma década, conforme relatórios oficiais de 2003 a 2017. No **Quadro 14**, destacam-se os dados de 2013 a 2017.⁵⁵⁴

Tais dados devem ser lidos considerando que a base é de um universo de casos previamente selecionados. Mede-se, portanto, o “**sucesso**” na **seleção de casos adequados** à mediação, não da mediação isoladamente considerada. Não servem para afirmar que a mediação é um método “efetivo” para controvérsias administrativas “em geral”. Ao contrário, demonstram a importância da *triagem* que identifica os casos elegíveis à mediação, cujo universo tem sido de aproximadamente 500 casos por ano. Os relatórios oficiais fonte dos dados apontam que essa seleção se dá também em função do quantitativo de casos cuja respectiva despesa foi “autorizada”: o programa tem **recursos e capacidades limitados**.

Conforme se verifica no **Gráfico 5** aproximadamente metade é selecionada ou por previsão legal ou por determinação judicial. A outra metade é voluntária e, portanto, depende do consentimento do próprio órgão que representa o governo como parte no conflito. Como esperado, a expectativa das próprias partes sobre a probabilidade de se resolver a controvérsia por ADR se confirma verdadeira com mais frequência (75%) do que a expectativa legal ou judicial (média de 55%). Por outro lado, mesmo nos casos não-resolvidos por ADRs são reportados **outros benefícios além do acordo**, como a melhoria na compreensão da controvérsia pelas próprias partes (48%) e na comunicação entre elas (38%), aumentando as chances de acordo mesmo fora do ADR (30%) ou diminuindo o objeto do que é levado para julgamento pelos tribunais (22%).

⁵⁵⁴ Mesmas ordens de grandeza são observadas nos relatórios de 2003 a 2011 e de 2011 a 2015, cf. U.S.A., Department of Justice, *Alternative Dispute Resolution at the Department of Justice*, em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/12/07/fy11-odr-justification.pdf>> e <<https://www.justice.gov/olp/file/827926/download>>. Acessos em 2 nov. 2021.

Gráfico 5 - Resultados qualitativos do programa de ADRs do Departamento de Justiça dos EUA (2017)



Elaboração própria. Dados: Justice.Gov (2020)⁵⁵⁵

Mesmo neste já pré-selecionado grupo de casos, o motivo mais frequentemente reportado para que o ADR não resolva o acordo é a discordância sobre o justo valor monetário devido (64%) — logo, **prepondera a divergência econômico-patrimonial**. Também é relevante a discordância sobre a **distribuição de responsabilidades** na controvérsia (55%). Como esperado, dados os filtros legais, judiciais ou administrativos dessa seleção, a discordância pela parte privada é mais frequente que a pela parte pública (58% vs. 11,5%) — o que não quer dizer que uma seja necessariamente menos amigável que a outra, mas indica que provavelmente a seleção casos que o governo espera acordar nem sempre coincide com a

⁵⁵⁵ U.S.A., *Alternative Dispute Resolution at the Department of Justice*.

seleção que os privados fariam. Em 6% dos casos foram reportados “**erros de adequação**” na seleção do caso ou na seleção do mediador.

De todo modo, tais dados do Departamento de Justiça são relevantes. Primeiro, porque a instituição tem infiltração transversal em diversificados assuntos da administração do governo norte-americano. Segundo, porque seus relatórios têm tentado apurar dados que permitam análises efetivas, como estimativa de tempo e de custos evitados. Terceiro, porque tenta-se apurar também dados qualitativos, como os relacionados à **estratégia de prevenção de precedentes** desfavoráveis — informação essa a ser considerada por variadas perspectivas, como o efetivo interesse público em “prevenir precedentes”: o julgamento teria sido *mais justo*? ou teria sido *mais enviesado*, por circunstâncias como pressão política ou a “ilusão da suficiência em escolhas trágicas” (cf. Capítulo 5)? — e aos outros benefícios além do acordo.

4.3.2.d. EUA: a negociação regulatória (“reg-neg”) e o “legalismo adversarial”

Com relação aos EUA, é interessante notar que a difusão do movimento dos ADRs não se limitou aos âmbitos administrativo e judicial, mas atingiu até mesmo o âmbito normativo. Figuras como audiências públicas, conferências ou seminários públicos (“*one-time workshops*” e “*roundtables*”) e conselhos ou comitês públicos (“*advisory committees*”) são utilizadas no âmbito legislativo e, especialmente, no âmbito normativo das agências reguladoras, em que são genericamente chamadas de “negociação regulatória” (*regulatory negotiation* ou “reg-neg”). A ideia é próxima daquela, no Brasil, atribuída aos instrumentos de “participação popular”.

Uma das espécies desse grupo recebe tratamento especial: a *negotiated rulemaking*, em tradução literal: “procedimento negociado de produção de normas”.⁵⁵⁶ A lei a define como o “procedimento de elaboração de normas por meio do uso de um conselho consultivo”, “estabelecido por uma agência reguladora (...) a fim de considerar e discutir questões com o propósito de alcançar consenso no desenvolvimento de uma norma proposta” (§562 do 5º título do *U.S. Code: Negotiated Rulemaking Act*). Trata-se de espécie mais processualizada, em comparação com os outros instrumentos de participação popular, pois

⁵⁵⁶ Outras traduções seriam “normatização negociada” ou, dado que o tratamento especial se insere no contexto das agências reguladoras, “regulação negociada”. Preferiu-se “procedimento de produção de normas negociado” para enfatizar seu caráter processual, que não se reduz a um ato isolado.

prevê formalmente papéis e etapas procedimentais em direção à formação de uma decisão coletiva de proposta normativa. Nas palavras do próprio legislador, o instrumento se coloca em uma contraposição entre formas “adversariais” e “negociais” de produzir normas (respectivamente: *adversarial rulemaking* e *negotiated rulemaking*).

A lei não define “*adversarial rulemaking*”. A expressão “adversarial”, no entanto, é tradicional no direito americano. Do ponto de vista processual, costuma estar relacionada à postura beligerante e competitiva, refletida no sistema americano nas suas formas particulares de instrução processual (e.g. “*discovery*”) e de tomada de decisão (e.g. com júris que declaram o “vencedor” do processo até mesmo em casos cíveis).

Há, porém, uma dimensão maior: o “legalismo adversarial” (*adversarial legalism*). Robert Kagan, comparando “democracias economicamente avançadas”, define-o como um sistema de “altos graus” de: (a) *ativismo litigante*, por advogados e grupos de interesse; (b) *incerteza jurídica substantiva*, com variáveis e imprevisíveis decisões das autoridades públicas; (c) *contestação legal formal*, com invocação de direitos e ameaças de ação judicial, as quais raramente são levadas a cabo, em razão de tempo, de custos, e de do desencorajamento da judicialização, “distorcendo resultados das políticas”, notadamente diante de um governo ativista e de autoridades de que a população desconfia, o que se reflete, tanto no âmbito regulatório como no de solução de disputas em geral, em processos de tomada decisão “procedimentalmente formalistas”, em que a “autoridade hierárquica é fraca e a influência das partes é forte”, de modo que “a argumentação adversarial, mais que a aplicação hierárquica [*top-down*] de normas oficiais, é a influência mais importante nas decisões”.⁵⁵⁷ Assim, nesse contexto de regras e instituições que são mais referenciadas do que acionadas, o legalismo adversarial é **“um método de implementação de políticas e [ao mesmo tempo] de solução de disputas”**, bem como uma “prática do dia-a-dia”, em que o efetivo acionamento do sistema varia com o tempo, as motivações e os recursos dos disputantes.⁵⁵⁸

Em perspectiva comparada, trata-se de fundamental diferença em relação a modelos de hierarquia forte, como o brasileiro, o francês, referência no direito administrativo, e o italiano, referência no direito processual, em que políticas costumam ser definidas por

⁵⁵⁷ KAGAN, Robert A., *Adversarial Legalism and American Government*, *Journal of Policy Analysis and Management*, v. 10, n. 3, p. 369–406, 1991, p. 369, 372, 374.

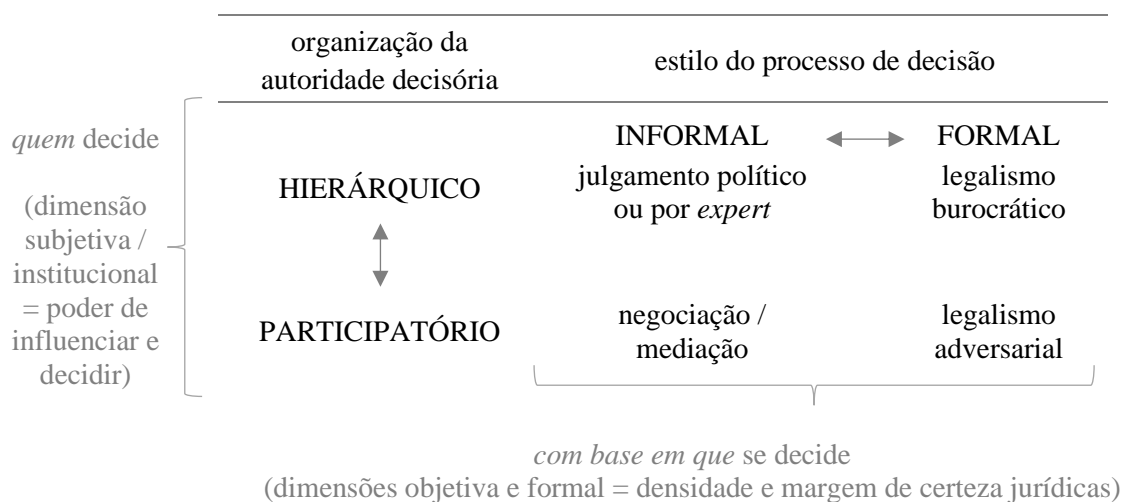
⁵⁵⁸ KAGAN, *Adversarial Legalism* (2019), p. 12.

juízos políticos e de *experts*, com eventuais consultas aos interessados, e processos formais com base em um legalismo “burocrático”, centrado na autoridade, como concebido por Kagan, no **Quadro 4**.

Ainda assim, esses modelos não deixam de ser métodos de implementação de políticas públicas e, concomitantemente, de solução de conflitos. Contudo, essa diferença cultural em relação à forma como a população vê e usa a superestrutura do Estado e do Direito são relevantes, na medida em que se refletem nas premissas que arquitetam cada sistema — *parte-se do princípio que autoridades impõem ou negociam?* — e, conseqüentemente, nas expectativas e comportamentos dos seus atores.

Independentemente dos ADRs, portanto, o sistema “adversarial” dos EUA tem em si não só um princípio de valorização da disputa, mas também uma premissa de que a disputa é preponderantemente resolvida pelas partes, o que se estende para relações em que uma das partes é o Estado. Isso é mais intuitivo em uma cultura de hierárquica fraca e partes fortes, pois não se parte da premissa que deslocar o Estado da condição de autoridade para a condição de combatente ou negociador signifique colocá-lo em posição pior, na disputa.

Quadro 15 - Modos de implementação de políticas e solução de disputas (R. Kagan)



Adaptado de: KAGAN (2009, p. 10)⁵⁵⁹

Os comentários (mais claros) dos colchetes foram acrescentados.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 10. Para o autor, “formal” é a “extensão em que as partes em disputa invocam procedimentos jurídicos formais e direitos e deveres jurídicos pré-existentes. Negociação/mediação inclui acordos em torno de políticas públicas. *Experts*, como juntas médicas que julgam incapacidade laborativa, são hierárquicos (autoridade), mas informais (não preponderam o jurídico). A referência à burocracia é weberiana (p. 9-10).

Além da perspectiva de direito comparado, pretendida por Kagan, do

Quadro 15 é possível inferir também que, em qualquer dos modelos, a questão (diga-se, subjetiva) sobre *quem decide* está subjacente ao eixo hierárquico-participatório, ao passo que, subjacente ao eixo informal-formal, está a questão (diga-se, objetiva) sobre *com base em que se decide*. Forma-se, assim, uma verdadeira **matriz**, em que o *formalismo* (= densidade jurídica) e a *hierarquia* (= poder de decisão) são as variáveis principais, estruturantes do sistema. Outras variáveis como **tempo, custo e judicialização** são secundárias, até porque não são estruturantes, mas consequências da estrutura desenhada, que **não podem ser presumidas** como inerentes a um outro modelo, pois variam de acordo com as circunstâncias e os casos concretos e dependem de aferições empíricas. No movimento dos ADRs, porém, não é raro encontrar discursos fundados em premissas não demonstradas empiricamente.

A lei que instituiu o procedimento de produção de normas negociado (*Negotiated Rulemaking Act*), assim como o ADRA, foi editada, em 1990, como **lei experimental**, e, em 1996, como definitiva. O caráter experimental foi indicativo do reconhecimento de que é necessário verificar empiricamente se a legislação cumpre suas promessas. É sintomática da fraca avaliação empírica, porém, que tanto o texto da legislação experimental de 1990, como a da lei que a converteu em definitiva em 1996, tenham idêntico texto justamente neste ponto. Ambos afirmam que se trata de uma lei criada para lidar com o “aumento substancial” da atividade regulatória do Estado e os problemas do procedimento “adversarial” de produção normas, e afirmam benefícios práticos do *negotiated rulemaking*, sem referências empíricas:

“O Congresso faz as seguintes conclusões:

(...) (3) O *adversarial rulemaking* priva as partes afetadas e o público dos benefícios da negociação face-a-face e da cooperação em desenvolver e alcançar acordo em relação a uma norma. Também as priva dos benefícios do compartilhamento de informações, conhecimentos, expertise, e habilidade técnicas possuídas pelas partes afetadas”. (...)

(5) O *negotiated rulemaking* pode aumentar a aceitabilidade e aprimorar a substância das normas, fazendo menos provável que as partes afetadas resistam à sua aplicação [*enforcement*] e a questione nos tribunais. Também pode diminuir a quantidade de tempo necessário para editar a norma final.” (*Negotiated Rulemaking Act*, Seção 2; tradução livre; sublinhou-se).

Nota-se, em primeiro lugar, uma **combinação de preocupações regulatórias e judiciais**. Mesmo se tratando de uma dimensão de conflitos “objetivos” (cuja controvérsia é a própria adequação da norma em abstrato — cf. xxx), miram-se problemas comuns aos conflitos “subjetivos”, como a diminuição do tempo de decisão e do volume de demandas junto ao

judiciário, argumentos esses frequentes no movimento dos ADRs. Ao mesmo tempo, preocupa-se com a assimetria de informações e de *enforcement*, típicas da mentalidade da análise de impacto regulatório e do Direito e Economia. Em segundo lugar, nota-se o enaltecimento dos benefícios da solução negociada nas “conclusões” a quem chegaram os congressistas. Em favor da reedição da lei, um agente do governo testemunhou que “as relações adversariais resultaram em litigância dispendiosa de tempo e cara”; outros testemunharam (sem demonstrar dados) benefícios que a *negotiated rulemaking* trouxe em termos de tempo, custo e aceitação, o que foi aceito com naturalidade, no contexto do legalismo adversarial.⁵⁶⁰ Os resultados dessa experiência, porém, são controversos.

Pesquisa de Cary Coglianese apurou que os testemunhos de participantes no procedimento tendiam a ser favoráveis, mas as estatísticas indicam que essa percepção é ou superestimada ou empiricamente não provada. Somando-se as agências federais, desde a primeira experiência de 1983 até o fim de 1996, 67 procedimentos foram instaurados, dos quais 13 (19%) foram abandonados, 19 foram inconclusos e 35 (52%) conclusos com efetiva edição de norma (média de 2,7 normas “negociadas” por ano) — o que representa uma **ínfima parcela (0,07%) das normas editadas** no período (47.603) —, conclusão “negociada” esta que levou em média, 2,3 anos (mediana de 1,8 ano) — o tempo mais curto foi de 6 meses e o mais longo de 7 anos. A avaliação desses dados, porém, dependeria da comparação com dados das normas “não-negociadas”, os quais são, em geral, desconhecidos. O que sabe é que a Agência de Proteção Ambiental (a que mais utilizou o mecanismo) levou em média 2,8 anos para concluí-las, ao passo que dados contemporâneos (1987-1990) sugeriam que a média de tempo para edição de normas não-negociadas seria semelhante, de 3,0 anos. Os dados dessa agência colocam em dúvida também o argumento de que se trata de mecanismo reservado a casos mais relevantes, pois, das 12 normas “negociadas” editadas, 4 (33%) foram consideradas “importantes” (= selecionadas para divulgação especial), proporção essa semelhante à das normas “importantes” no seu universo geral de regulação (29%). Colocam em dúvida, ainda, o argumento da menor litigância em torno dessas normas: foram objeto de pedido de revisão judicial ao menos 6 (50%) das normas negociadas, 3 das 4 “importantes” (75%), ao passo que dados contemporâneos (1987-1991) sugeriam que as taxas de questionamento das normas não-negociadas eram menores, de 26% em geral, e 35% entre as “importantes”. O perfil dessa

⁵⁶⁰ COGLIANESE, Cary, Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking, *Duke Law Journal*, v. 46, n. 6, p. 1255–1348, 1997, p. 1270.

judicialização tampouco se mostrou diferente: nas ações sobre normas negociadas, 4 (66%) foram interrompidas, por negociação ou acordo, antes do julgamento em sede de apelação, semelhantemente ao que ocorreu em 71% das ações sobre normas não-negociadas, em período próximo (1979-1990).⁵⁶¹

Diante disso, o pesquisador concluiu que as normas negociadas têm **benefícios “mais alegados do que provados”**, e que seu “insucesso” em cumprir suas promessas decorrem (i) das novas fontes de conflitos criadas por esse procedimento (*e.g.* interessados que não foram convidados ao comitê), (ii) do seu consenso frágil, facilmente rompido em razão da necessidade de submeter a norma à consulta pública e a autorizações administrativas (*e.g.* orçamentária) antes de ser editada, e (iii) de que o procedimento convencional se provou mais efetivo do que se pensavam particularmente quanto ao seu questionamento judicial.⁵⁶² Alguns autores agregaram, ainda, o insatisfatório manejo do **problema de agência** nos comitês de negociação, cuja composição com os próprios interessados na norma aumentam a possibilidade de **captura** na regulação. Há, por outro lado, quem critique a pesquisa de Coglianese, afirmando que sua metodologia falha por não capturar aspectos qualitativos, tendo em vista que o real objetivo da *negotiated rulemaking* seria “criar normas melhores e aceitas de modo mais inteligente”.⁵⁶³

A despeito dessa controvérsia, a figura do *negotiated rulemaking* ilustra como os chamados ADRs são instrumentos não só de solução de lides tradicionais (autor *versus* réu), mas também têm papel no cenário maior dos processos de tomada de decisão em geral, até mesmo em relação a questões de menor densidade jurídica, seja pela distância dos casos concretos, como na edição de normas gerais abstratas, seja pela sua diluição em meio a questões de outras naturezas, como na formulação de políticas públicas. Ilustra, ainda, a importância de se apurar empiricamente aspectos práticos como tempo, custo e judicialização, que, como visto,

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 1258, 1271–1301, 1308–1316.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 1325. Ao apresentar tais dados, o autor indica que são falsas diversas afirmações propaladas a respeito das normas negociadas, como de que “eliminam a maior parte das controvérsias”, de que seriam praticamente “imunes” à litigância — uma delas, aliás, que tratava do combustível gasolina, foi questionada, vitoriosamente, pelo Brasil, na Organização Mundial do Comércio —, bem como a respeito das normas não-negociadas, sobretudo a muito difundida informação de que 80% de suas normas seriam questionadas judicialmente, o que se provou falso.

⁵⁶³ HARTER, Philip J., *Assessing the Assessors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking*, *New York University Environmental Law Journal*, v. 9, n. 1, p. 32–59, 2000. O debate entre Coglianese e Harter prossegue em outros artigos publicados por esses autores, em resposta um ao outro. Embora outros artigos publicados sobre o tema também tenham tangenciado esse debate, não se localizou outra pesquisa empírica que tenha contraposto os dados estatísticos de Coglianese.

não podem ser tomados como premissas absolutas na matriz de modelos de implementação de políticas e solução de disputas.

4.3.3. Considerações comparativas entre Brasil, França e EUA

Como visto, o juízo de “adequação” que formou as matrizes institucionais de solução de conflitos administrativos na França e nos EUA reflete a evolução histórica, política e até cultural desses países. Dada essa variação de contextos, nota-se que não existe um conceito de “adequação objetiva”, acontextual. A adequação, é, antes, uma conveniência circunstancial, pautada, contudo, por uma racionalidade jurídico-política determinada.

Viu-se que esse contexto varia em razão das diferentes características dos conflitos a serem resolvidos. Na França e nos EUA, questões de imigração têm destaque não encontrado no sistema de justiça do Brasil, o que exemplifica como instituições de solução de conflitos são drenadas por seus diferentes contextos socioeconômicos — tema esse, aliás, que coloca princípios de “isonomia” e “dignidade humana” em cheque, diante da limitação de recursos nacionais (*dimensão objetiva-substancial* dos conflitos).

Ademais, a existência e a configuração de canais para vazão do conflito influencia não só as estatísticas, que podem estar subdimensionadas em razão da existência de demandas reprimidas, como também a própria configuração do conflito, na medida em que as expectativas, reações, incentivos e desincentivos das partes envolvidas são determinadas por juízos, como o do *custo/benefício* do litígio, o qual pode induzir a ostentação de *posições* que não necessariamente reflete os *interesses* verdadeiramente subjacentes ao conflito (*interação das dimensões subjetiva-institucional e formal-procedimental* dos conflitos).

As soluções dadas aos conflitos, por sua vez, tampouco resultam de um direito objetivo oracular; ele próprio é resultado de processos de tomada de decisões. Especialmente na sociedade “pluriclasse” contemporânea, a satisfação dos múltiplos e contraditórios interesses colocados e a necessidade de agregar as informações necessárias para respondê-los estreita a possibilidade de soluções “dadas”, “de prateleira”. Assim, os **sistemas jurídicos foram antes cadeias de soluções do que soluções absolutas** (*dimensão objetiva-substancial* das soluções).

Nas matrizes da França e dos EUA, que influenciaram o Brasil e o direito ocidental de modo geral, os “Poderes” Legislativo, Executivo e Judiciário são os três principais centros de tomada dessas decisões. A dinâmica de seu encadeamento, porém, não é igual. Na França, a ideia de que “julgar a administração é também administrar” implicou a criação de uma jurisdição vinculada ao Poder Executivo (*jurisdição administrativa*) e paralela à (*jurisdição judiciária*) do Poder Judiciário. Embora sua motivação tenha sido histórico-político, isso por si não invalida o fundamento jus-filosófico que se apegou à racionalidade segundo a qual *impactos sistêmicos* e os *efeitos sistêmicos* dos julgamentos são componentes que importam tanto quanto o planejamento e a execução administrativa. A ausência dessa cisão de jurisdições, nos EUA, por sua vez, não significa que essa racionalidade seja ignorada; ao contrário, a base do sistema de solução de conflitos administrativos é um robusto conjunto de instâncias administrativas, algumas com feições judicantes tais que até suprimem instâncias judiciárias de graus iniciais. Ambas têm características essencialmente diferentes da matriz brasileira, de instituições judiciárias mais desconectadas de instituições administrativas.

Ainda nessa dimensão, nota-se o papel estratégico das tomadas de decisões de condutas contenciosas. Na França, sequer há Advocacia Pública destacada, pois se presume que a jurisdição administrativa por si já representa a Administração Pública; se necessárias informações, os próprios gestores públicos as prestam em juízo e um membro da própria magistratura as reportará sob o ponto de vista jurídico ao Tribunal. Dentro dessa simbiose, a magistratura, notadamente sob o Conselho de Estado, também presta atividade consultiva para a Administrativa, de modo que há identidade institucional entre o órgão de consultoria jurídica e de formação de jurisprudência. Nos EUA, em que há Advocacia Pública institucionalizada, esta não se limita ao exercício reativo de defesa contenciosa da Administração — como se espera da Advocacia Pública brasileira, que é vista como tendo a *obrigação* de defender o ponto de vista contraditório —, pois seu papel é mais estratégico e, dentro de uma conjuntura em que se espera que a minoria dos casos sejam julgados, atua *tomando decisões de gestão de conflitos* que levam a um cenário em que é exceção o prosseguimento de um caso até a conclusão com condenação desfavorável ao governo.

Diante disso, induz-se soluções que, sob aspecto da *dimensão formal-procedimental*, tenham conclusões determinadas por *decisões, de forma e de mérito*, gestadas no interior da própria Administração Pública. Nesse cenário, nos EUA, graças à alçada das suas instituições de advocacia de governo, decisões autocompositivas ou de autotutela são mais

recorrentes do que conclusões heterocompositivas. Mesmo na França, em que formalmente as sentenças da jurisdição administrativa, proferidas por uma magistratura independente, têm natureza heterocompositiva, não se perde de vista a raiz “autotutelar” dessa instituição que se vê integrada à própria Administração Pública.

Quadro 16 - Instituições de solução jurisdicional de conflitos da Administração: EUA, França, Brasil

	EUA	França	Brasil
Estado	Federativo	Unitário	Federativo
Jurisdição	Una	Dual	Una
órgão máximo de justiça	Suprema Corte [casos reduzidos]	Corte Constitucional [casos reduzidos]	Supremo Tribunal Federal [amplos casos]
tribunais judiciais	Cortes de Apelação [12 “circuitos”] ↑ Cortes Distritais	<i>Jurisdição Judiciária</i> [conflitos em que a Administração está em situação de particular] Cúpula: Corte de Cassação	Tribunais Regionais Federais ↑ Juízes Federais
tribunais jurisdicionais não-judiciais	sistema de “ tribunais legislativos (administrativos) ” [por vezes, anexos aos tribunais judiciais e com decisões recorríveis diretamente para órgãos de 2ª instância ou à própria Suprema Corte]	<i>Jurisdição Administrativa</i> [julga “função administrativa”] Conselho de Estado ↑ Cortes Administrativas de Apelação ↑ Tribunais Administrativos [ou Tribunais Especiais diretamente subordinados ao CE]	N/A [não há tribunais com jurisdição fora do Judiciário; alguns órgãos e entes administrativos exercem funções judicantes, sempre censuráveis por juízes de 1ª instância]
órgão máximo de defesa judicial da administração pública	<i>Attorney General</i> ⁵⁶⁴	N/A [informações prestadas pelo administrador e relatadas pelo magistrado “ <i>rappporteur public</i> ”]	Advogado Geral da União (AGU)
órgão máximo de consultoria		Conselho de Estado [magistratura administrativa]	
órgão máximo de responsabilização de administradores públicos		Ministère Public (“ <i>Parquet</i> ”), carreira comum à magistratura	Procurador Geral da República (MPF)

Elaboração própria

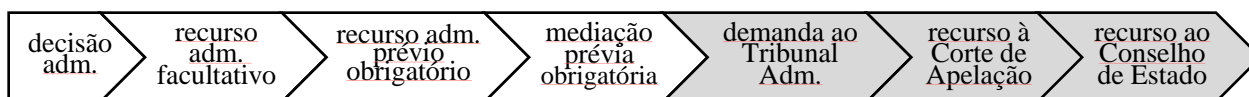
⁵⁶⁴ Embora órgãos subordinados ao *Attorney General* possam litigar entre si, a representação se afunila no *Solicitor General*, órgão do *Attorney General* com prerrogativa de atuar junto à Suprema Corte.

Os métodos de solução de conflitos propriamente ditos refletem esses *inputs* decorrentes dos conflitos e de como se gestam as respectivas soluções.

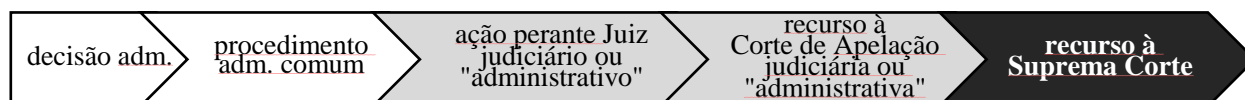
No caso dos métodos tradicionais de tomada de decisões voltadas para solução de conflitos, uma cadeia de procedimentos típicos é colocada à disposição para acionar as citadas instâncias decisórias, formando as avenidas principais do sistema. No âmbito da tomada de decisões de escala ampla, o processo legislativo-parlamentar e processos político-administrativos lhe dão forma, com desenhos que instrumentalizam preocupações de participação focadas na representatividade democrática. No âmbito das decisões de menor escala, a máquina governamental de produção de decisões é composta por processos jurídicos desenhados para instrumentalizar preocupações focadas em equilibrar a força dos participantes de modo de que se produza um debate contraditório equidistante, apto a julgamento imparcial.

Quadro 17 - Trajeto típico de um litígio administrativo: França, EUA, Brasil

França: exemplo da demanda administrativa ao fim da jurisdição administrativa



EUA: exemplo de demanda à Adm. federal, passando por tribunal “legislativo”, até o fim da jurisdição una



Brasil: exemplo de demanda à Adm. federal, sem tribunal adm. intermediário, até o fim da jurisdição una



	instância administrativa não-jurisdicional
	instância administrativa jurisdicional
	instância jurisdicional não-administrativa

EUA e Brasil: Elaboração própria.
França: adaptado de AGACINSKI, CADIN (2019) ⁵⁶⁵

⁵⁶⁵ AGACINSKI; CADIN, *Médiation accomplie? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations*, p. 137.

Com relação aos métodos “alternativos” aos tradicionais, França e EUA são ilustrativos do fato de que, dado que a *adequação* não é objetiva, sua concretização é um *exercício de tentativas*. Nos EUA, o movimento dos ADR traz uma amplitude de métodos que são objetos de tentativas, revisões e redesenhos frequentes. Nos movimentos mais recentes da França, programas como o da mediação prévia obrigatória foram sujeitos a verdadeiro ensaio controlado, com aplicação em regiões específicas e tentativa de comparações de resultados. Trata-se de verdadeiros exemplos de análise de impacto regulatório com base em evidências empíricas.

É igualmente interessante notar que a insatisfação com a Justiça é antiga, como relatado por Rossie Pound, em seminal discurso de 1906, que a atribuía à (i) mecanicidade das regras; (ii) inevitável dissincronia entre o progresso do Direito e da opinião pública; (iii) falsa presunção de que administrar justiça é fácil; (iv) impaciência popular.⁵⁶⁶ Em sua homenagem, foi realizada, em 1976, a Conferência Nacional sobre as “Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça”, conhecida como “Conferência Pound”, à qual se atribui o *big bang* do movimento contemporâneo dos Meios Alternativos de Solução de Controvérsias (MASCs), neste capítulo referido no original, *Alternative Dispute Resolution (ADRs)*, para se referir ao movimento especificamente ocorrido nos EUA. O movimento nasce, portanto, pautado pelas falhas da Justiça, tanto que, para alguns, tratou-se, na verdade, de um “big bang de trigêmeos”: ADRs, Acesso à Justiça e os estudos jurídicos sobre “disputas”.⁵⁶⁷

Isso é relevante, em primeiro lugar, porque demonstra certa **captura**⁵⁶⁸ **do movimento de ADRs**. Do ponto de vista da *política pública* de solução de conflitos, “vender” os *ADRs para solucionar a crise judiciária* é mais fácil do que atrair recursos para o mero

⁵⁶⁶ POUND, Roscoe, The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice, *Annual Report of the American Bar Association*, n. 29, p. 395–417, 1906, p. 397. O autor também sistematizava as causas próprias do sistema anglo-americano — (i) individualismo, (ii) transformação do litígio em um “jogo”, (iii) competição política (*political jealousy*); (iv) ausência de ideias jurídicas gerais; (v) fiação do Direito no sistema de precedentes (*case law*) —, e as causas próprias do ambiente judiciário — (i) pouco interesse popular; (ii) tomada do lugar da moral pela lei; (iii) transições legislativas; (iv) politização das cortes; (v) mercantização do Direito; (vi) sensacionalismo jornalístico (p. 403 e 415).

⁵⁶⁷ GALANTER, Marc, Access to justice in a world of expanding social capability, *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, n. 1, p. 115–128, 2010, p. 117.

⁵⁶⁸ **Captura** é a influência exercida por um grupo a fim de que seus interesses prevaleçam em detrimento dos interesses originalmente legítimos a prevalecer em um dado processo de tomada de decisão. A Teoria da Captura desenvolve sobretudo em torno da regulação estatal, na qual, em razão do “problema de agência” (agente-principal), por conflitos de interesse ou assimetria de informações, o tomador de decisão (agente público que elabora a regulação) indevidamente faz prevalecer o interesse do próprio regulado.

desenvolvimento dos ADRs em si. Diferentes abordagens foram dadas a partir desse fato: (i) a que fomentou os programas de ADRs “anexos” às cortes judiciárias, de modo a manter os valores nucleares do sistema adversarial (*abordagem assimilativa*); (ii) a que defendeu uma existência autônoma desses programas (*abordagem autônoma*); (iii) a que tentou conciliar o vínculo ao sistema judiciário e valores de autonomia das partes na escolha dos métodos (*abordagem sinérgica*). Pesquisas empíricas com mediações demonstraram que essas abordagens implicam resultados diferentes em termos de satisfação das partes *versus* a “satisfação” das instituições que as patrocinavam. Ou seja, um “**mesmo método**” (*e.g. mediação*) pode produzir **resultados diferentes** a depender do seu **tratamento institucional**; a “captura”, por sua vez, leva à priorização dos resultados visados pela instituidora, em detrimento dos interesses para as partes em conflito.⁵⁶⁹

Em segundo lugar, esse cenário é relevante por sua influência mundial. Numa tentativa de um “segundo big bang”, uma série de “Conferências Pound Globais” tem sido realizadas, em diversos países. Apuraram-se certas “tendências” globais do movimento: (i) eficiência como prioridade; (ii) advocacia colaborativa; (iii) escalonamento de ADRs; (iv) mudança da cultura e do mercado de advocacia. Apuraram-se, também, diferenças regionais, como maior preocupação com regulação e *enforcement* na Ásia, maior preocupação com eficiência e colaboração na Europa, e diferentes compreensões sobre o papel dos ADRs.⁵⁷⁰ Ao mesmo tempo que se corrobora a existência de um movimento global em torno dos ADRs — que, reconhecendo sua captura inicial, hoje prefere a nomenclatura “Meios *Adequados* de Solução de Controvérsias” (ou *Appropriate Dispute Resolution*, mantendo-se as siglas) —, corrobora-se também que a percepção do que seja “adequado” varia tanto em função do contexto como em função dos **objetivos estratégicos de quem institui o uso dos ADRs**.

Diante desse quando, as análises de direito comparado permitem inferir que as formas usadas em diferentes contextos dependem, em grande parte, das instituições que as

⁵⁶⁹ Cf. DELLA NOCE, Dorothy, *Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 545, p. 545–558, 2002, p. 547–550. No texto, a autora faz análise da referida pesquisa empírica: “A Benchmarking Study of Family, Civil and Citizen Dispute Mediation Programs in Florida”, conduzida em 2001 por Joseph Folger.

⁵⁷⁰ GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES, *Global Data Trends and Regional Differences*, Haia: International Mediation Institute, 2018, p. 3; MASUCCI, Deborah, *Time for Another Big Bang in Alternative Dispute Resolution: The World Needs a Global Pound Conference*, Kluwer Mediation Blog, disponível em: <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2014/02/18/time-for-another-big-bang-in-alternative-dispute-resolution-the-world-needs-a-global-pound-conference/>>. acesso em: 1 nov. 2021.

usam. Assim, por exemplo, o uso sistemático de acordos pode ser viável em um ambiente institucional, com o do *Attorney General* dos EUA, que goza de capacidades institucionais para realizá-los com segurança tal que não se pode esperar que os resultados lá obtidos se repliquem em outros ambientes institucionais, como os do Brasil. Esse e os demais exemplos citados ilustram que o avanço da Administração Pública brasileira em direção ao sistema multiportas não pode depender apenas da revisão de categorias jurídicas e da importação de modelos estrangeiros, sem repensar o papel dos agentes envolvidos.

De caixa de ferramentas a veículos, pontes ou até tabuleiro de jogos, muitas são as alegorias que se podem fazer para imaginar o que são métodos de solução de conflitos. Excluem-se delas, porém, a de cartolas mágicas e a de máquinas de pensar. Esse fluído, criativo e impreciso vocabulário do movimento dos “métodos alternativos” ou “consensuais” pouco ajudará a avançar sem que se tenha clareza das funções jurídicas que estes mecanismos exercem, bem como da sua articulação com o rígido, hermético e temeroso mundo da administração pública.

Neste complexo cenário, destacam-se algumas noções-chave: (i) é preciso assumir os conflitos como fenômeno ordinário da administração pública; premissas negacionistas ou repressoras do conflito e dos erros administrativos, além de desconectadas da realidade, podem prejudicar a solução de problemas administrativos; (ii) os meios disponíveis para enfrentá-los compõem uma cadeia de *imperfeitos* processos de tomada de decisão; (iii) do ponto de vista do Estado, que é um ator com poder de intervir nas próprias regras do jogo, esses processos de decisão, que ocorrem desde a *escolhas das instituições* tomadoras da decisão ao longo da cadeia, até a respectiva aplicação capilarizada em casos concretos; (iv) ciente da racionalidade limitada em quaisquer dessas fases, cabe aos respectivos tomadores de decisão buscar subsídios para que, dentro de suas alçadas de competência e circunstâncias institucionais, produzam *decisão informada* e alinhada aos objetivos constitucionais comuns a toda e qualquer atuação estatal, em quaisquer dos Poderes; (v) mais que adaptar ritos procedimentais, a principal função dos níveis centrais de tomada de decisão (legislativa, jurisdicional ou administrativa) são as *escolhas institucionais* iniciais, o que não só ditará o rumo da cadeia de tomada de decisão, como o próprio resultado (micro e macro) da resolução do conflitos (“escolher quem decide é escolher o que se decide”); (vi) tais escolhas centrais implicam, a um só tempo, analisar capacidades institucionais, a fim de direcionar a decisão a

quem melhor puder tomá-la, bem como conferir alçadas de competências e garantias ao exercício desviesado da tomada de decisão; (vii) nos níveis setoriais, persiste o dever de alinhamento aos objetivos constitucionais comuns, a ser exercido de conforme condicionado pelas cadeias anteriores de decisão, com ônus argumentativos equivalentes aos do regulador; (viii) a convivência de processos de macro e micro-solução de conflitos que se renovam constantemente torna inevitável a existência de contradições no sistema de decisão; desenhos processuais-institucionais, no entanto, permitem compreender e escolher as contradições com as quais se quer conviver.

PARTE II

EXERCÍCIO DE ANÁLISE DAS IMPLÍCITAS POLÍTICAS DE TRATAMENTO DE CERTOS CONFLITOS ADMINISTRATIVOS

“Menosprezar as Análises de Custo-Benefício apenas por não terem o mesmo rigor estatístico e publicação em periódicos é arriscado, pois em geral, o substituto delas não é um artigo impecável em um periódico de fronteira, mas sim uma política pública, ou reforma jurídica irresponsável, sem qualquer interesse genuíno em avaliar seus custos e benefícios à luz das melhores evidências e razões possíveis. No lugar de uma análise razoável e transparente de custos e benefícios, ficamos reféns de análises sem qualquer transparência, e com custos e benefícios desconhecidos, dificultando a cobrança ex post”

(Thomas Victor Conti, 2020)

Depois de dados dois passos para trás, para demonstrar, sob perspectiva mais teórica e panorâmica, que impactos sistêmicos são um aspecto relevante a orientar a racionalidade das políticas de solução de conflitos administrativos, e que a Administração Pública é, em si, um emaranhado de processos de tomada de decisão — cujo resultado depende não só de aplicação de critérios objetivos de decisão mas também de alçadas de competência e capacidades institucionais dos atores envolvidos —, dá-se, agora, um passo adiante, mas ainda atrás das abordagens tradicionais, a fim de se conferir mais concretude às ideias colocadas.

Para tanto, conforme adiantado na Introdução (cf. i.d), nesta Parte II, dá-se um passo adiante, mas ainda atrás da abordagem tradicional, a fim de se estudar *agrupamentos de casos* (cf. Introdução, i.d) de controvérsias administrativas, selecionados, dentro dos recortes propostos para este trabalho, de modo a abranger, sob aspecto objetivo, controvérsias decorrentes de exercício de império estatal, de prestações sociais pelo Estado e de gerência burocrática dos negócios públicos (cf. 1.2.1), e, sob aspecto subjetivo, disputas com nuances coletivas, individuais homogêneas e individuais não-homogêneas. Após pesquisa exploratória, separou-se para estudo litígios sobre cobrança, da prestação de serviços de saúde (em especial fornecimento de tratamentos e insumos médicos) e contratos de infraestrutura. Optou-se por não selecionar casos que tratassem de casos cujo próprio objeto controvertido tivesse caráter eminentemente regulatório, a fim de facilitar o discernimento dos elementos buscados.

Com foco na proposta inicial da tese, a análise foi concentrada na identificação de inferências indicativas da existência e ilustrativas da dinâmica de alguns efeitos sistêmicos na resolução do conflito administrativos, sem pretensão de exaurir as cadeias de implicações ou as características das controvérsias em estudo.

5. POLÍTICAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA COBRANÇA TRIBUTÁRIA

Neste capítulo, estuda-se a litigância em torno de “atos de império”, expressão tomada aqui para se referir sobretudo àquelas relações jurídicas constituídas ou modificadas por atos do Estado, no exercício da potestade pública (*puissance publique*), atraindo regime jurídico tradicionalmente encarado sob a perspectiva da soberania estatal, da ordem pública, da polícia administrativa, da autoexecutoriedade e da derrogação ao “direito comum”, colocando a Administração Pública em posição de desnível em relação aos sujeitos privados.⁵⁷¹

Neste contexto, a litigância tributária é um exemplo útil para se estudar os limites das formas de solução de conflitos de atos de império do Estado, pois representa (i) uma das partes mais tradicionais do “poder estatal”, (ii) parcela significativa da litigância estatal brasileira, que tem recebido especial atenção pelo volume que ocupa na Justiça brasileira,⁵⁷² (iii) notórias relações sistêmicas com o setor econômico, privado e público. Ademais, dentro das limitações metodológicas desta tese, a disponibilidade de pesquisas a seu respeito permitiu testar a hipótese de trabalho de que efeitos sistêmicos são fatores relevantes para o juízo de adequação do método de resolução da controvérsia estatal em questão.⁵⁷³

⁵⁷¹ Cf. CRETELLA JR., Prerrogativas e sujeições da Administração Pública.

⁵⁷² Execuções fiscais representavam 39% das demandas judiciais em curso em 2019. BRASIL, *Justiça em Números 2020 (ano-base 2019)*, p. 155.

⁵⁷³ Destacam-se os seguintes relatórios: BRASIL, *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*; BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *A execução fiscal e o impacto no Judiciário*, Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011; BRASIL, BRASIL, Secretaria da Receita Federal do Brasil, *Estudos sobre impactos dos parcelamentos especiais*, Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2017; BRASIL; MENDONÇA; GUEDES, *Exposição de Motivos Interministerial nº 00268/2019 ME AGU (à Medida Provisória nº 899/2019)*; BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro : relatório final de pesquisa*, Brasília: CNJ/INSPER, 2022; BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *Sistematização do diagnóstico do contencioso judicial tributário: aportes iniciais*, Brasília: CNJ/INSPER, 2022. Importante base complementar foi extraída de: PAES, Nelson Leitão, O parcelamento tributário e seus efeitos sobre o comportamento dos contribuintes, *Revista Economia*, v. 13, n. 2, p. 345–363, 2012; PAES, Nelson Leitão, Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária, *Estudos Econômicos (São Paulo)*, v. 44, n. 2, p. 323–350, 2014.

5.1. CONFLITOS NA COBRANÇA TRIBUTÁRIA

5.1.1. Micro-perspectiva do conflito tributário

Conflitos tributários opõem, em geral, de um lado, uma pessoa física ou jurídica (contribuinte), a quem corresponde uma obrigação tributária (principal ou acessória), e, de outro, o Estado, que por seu Legislativo impõe a obrigação e por seu Executivo (“Fisco” ou “Fazenda”) arrecada os pagamentos, podendo, em caso de inadimplemento, inscrever o crédito em Dívida Ativa,⁵⁷⁴ sujeita a cobrança pelo procedimento especial da execução fiscal. Além da inadimplência (ou sonegação), são objetos recorrentes das disputas tributárias a interpretação da lei e erros administrativos.⁵⁷⁵

Sob a perspectiva “micro”, diante da tributação cada contribuinte se depara com um dever involuntário, frequentemente indesejado e não raramente incompreendido ou até mesmo percebido como injusto.⁵⁷⁶ Premido pela finitude de seus recursos, é natural que ninguém queira contribuir além do devido. Há circunstâncias que tornam o pagamento do tributo até mesmo proibitivo (*e.g.* se prejudicar a sobrevivência do contribuinte); outras abrem oportunidades que tornam o inadimplemento atrativo (*e.g.* inexistência de sanção). Entre os extremos, há uma miríade de situações (e de *interesses subjacentes*: *e.g.* contornar crises financeiras, alavancar-se) que dão complexidade à dinâmica das relações tributárias.

⁵⁷⁴ Lei 4.320/1964, Art. 39, § 2º: “**Dívida Ativa** Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais”.

⁵⁷⁵ MENDONÇA, Priscila Faricelli de, *Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias*, Mestrado em Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 40.

⁵⁷⁶ São notórios os acontecimentos históricos que tiveram a tributação como centro de revoltas sociais, a exemplo da constituição da Magna Carta inglesa de 1215, que limitou poderes absolutos do rei, em especial o de tributar sem consentimento de nobres, e da revolução dos EUA de 1776, que teve antecedentes no movimento contrário à tributação da colônia pelo parlamento inglês sem representantes norte-americanos, eternizando a expressão “não taxação sem representação” (“*no taxation without representation*”), ainda hoje presente no debate legislativo dos EUA (dado que o Distrito de Columbia e a ilha de Porto Rico não têm representantes no congresso americano). No Brasil, questões sobre repartição federativa de receitas, desigualdades fiscais, ineficiência do gasto público e corrupção são presentes no debate tributário.

Das tentativas de explicar a **percepção do contribuinte** face à obrigação de conformidade com as regras tributárias, destacam-se análises sobre probabilidade de punição e custo/retorno do ilícito (teoria do crime), sobre a complexidade da burocracia tributária, às vezes mais custosa que o risco de descumpri-la (teoria da intenção da ação), sobre cooperação incentivada pela confiança ou força do governo (teoria da honestidade), sobre determinantes econômicas e psicológicas (teoria das perspectivas), sobre dilemas sociais que fazem da tributação um jogo de estratégias e riscos (teoria dos jogos), sobre a legitimidade da tributação pelo governo corroído de corrupção (teoria da corrupção). Pesquisa empíricas apontam que até diferenças socioculturais podem influenciar na conformidade tributária, em função de fatores como distância do poder, egoísmo, materialismo, insegurança, tradição e indulgência.⁵⁷⁷ Mais recentemente, tem-se falado em “psicologia da tributação”.⁵⁷⁸ Para os fins aqui propostos, interessar notar que esses estudos apontam como fator comum a busca de oportunidades de fugir à tributação, bem como que, quando a fuga é bem-sucedida, outros contribuintes são estimulados a segui-la. Torna-se então um problema “macro”.

5.1.2. Macro-perspectiva do conflito tributário

Embora o impacto individual da inadimplência seja reduzido, o impacto coletivo pode ser relevante, a depender da proporção do estímulo à inadimplência.

O sentimento de desimportância do papel individual no todo, aliás, é um dos incentivos típicos de quem está na situação de **carona** (*free-riding*): “a teoria do impacto social

⁵⁷⁷ Cf. CARER, Giovana; VELOSO, Claudinéia Nunes; SLAVOV, Tiago Nascimento Borges, Pesquisa sobre Comportamento do Contribuinte, *in: Anais do Congresso de Contabilidade e Tributação*, Ribeirão Preto: Faculdade de Econômica, Administração e Contabilidade (FEA-USP/RP), 2018, v. 4, p. 1–20. Em consulta direta à pesquisa empírica citada — PUKELIENE, Violeta; KAŽEMEKAITYTE, Austeja, Tax behaviour: assessment of tax compliance in European Union countries, *Ekonomika*, v. 95, n. 2, p. 30–56, 2016. —, constata-se que as pesquisadoras apuraram que um mesmo fator pode ter diferentes impactos sistêmicos em diferentes países. Assim, por exemplo, países do leste europeu demonstraram responder mais negativamente ao *excesso* de indulgência (não-conformidade pela oportunidade decorrente do *déficit* de controle), enquanto países do norte europeu respondem mais negativamente ao *déficit* de indulgência (sentimento de injustiça decorrente do excesso de controle) (p. 46).

⁵⁷⁸ A “psicologia da tributação” estuda o comportamento de contribuintes e autoridades tributárias, seus vieses e respostas a incentivos e desincentivos, constituindo, para alguns parte dos estudos da economia comportamental (*behavior economics*). Uma extensa revisão bibliográfica, com considerações sobre a necessidade de as pesquisas se atentarem para as novas tecnologias da informática que podem afetar o setor: GANGL, Katharina, Status quo and future research avenues of tax psychology, *in: GLANL, K.; KIRCHLER, E. (Orgs.), A research agenda for economic psychology*, Cheltenham: Edward Elgar, 2019, p. 184–198.

sugere que o montante de esforço despendido em tarefas em grupo deve diminuir como uma função de força inversa ao número de pessoas no grupo”.⁵⁷⁹ Esse efeito, que foi confirmado por alguns estudos empíricos, foi chamado “*social loafing effect*”, que pode ser traduzido como “**efeito da folga social**” ou “da vadiagem social”.⁵⁸⁰

Esse fenômeno deixa sequelas nos indivíduos que foram usados como carona. Uma delas é o **risco moral** (*moral hazard*) de se sinalizar que os perigos da inadimplência são poucos, incentivando comportamento indesejável,⁵⁸¹ até porque é economicamente racional preferir manter recursos financeiros à disposição (o *custo de oportunidade* de se privar do dinheiro pago em tributo é diminuído se o pagamento puder ser postergado, enquanto se investe esse valor). Certos profissionais, por sua vez, podem-se até legitimar ou minimizar ainda mais os riscos da postergação, transformando-a em problema de **assimetria de informação**: beneficia-se dessa falha quem dela souber se aproveitar (*e.g.* por seus advogados e contadores). Por consequência, surge também um problema concorrencial, pois quem teve o benefício de postergar o pagamento ganha **vantagem competitiva**.⁵⁸²

Não se pode descartar, ainda, a percepção do contribuinte adimplente de que foi “passado para trás”, desencadeando o chamado “*sucker effect*” (“efeito do otário” ou “**efeito do sentimento de bobo**”). Estudos sugerem que há situações em que pessoas apresentam uma

⁵⁷⁹ LATANÉ, Bibb *et al*, Many hands make light the work: the cause and consequences of social loafing, *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 6, p. 822–832, 1979, p. 830.

⁵⁸⁰ Esse conceito é aplicado principalmente no âmbito da gerência de pessoas, de servidores públicos inclusive. Aplicando tal conceito para sugerir que processos com maior participação dos contribuintes teria efeito nos coletores de impostos, à luz de extensa revisão bibliográfica, especialmente aquela que trata da redução do *social loafing* por incentivos externos, como o *feedback* e a exposição (lógica organização-cliente): LEE, Pei-Ching; CHEN, Chin-Mei; CHOU, Chieng-Heng, Decreasing Tax Collectors’ Perceived Social Loafing through Collaborative Behaviors of Taxpayers, *Journal of Public Administration Research and Theory (Oxford)*, v. 24, n. 4, p. 1037–1063, 2014.

⁵⁸¹ **Risco moral** ou “*Moral hazard*” ocorre em “situações em que a parte sabe que não sofrerá toda a perda ou custo de um comportamento negligente ou arriscado. (...). Essas situações são ditas como produtoras de risco moral porque facilitam comportamentos indesejáveis”: MALLOY, Robin Paul, *Law and economics: an introductory toolkit for lawyers*, Durham: Carolina Academic Press, 2019. — Em sentido próximo, apontando risco moral associado ao não pagamento de tributos em razão da notícia da decisão do governo federal de desjudicializar créditos abaixo de vinte mil reais: CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olivia Alves Gomes, *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011, p. 17.

⁵⁸² Nesse sentido: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, Cidadania e res publica: a emergencia dos direitos republicanos, *Revista de Direito Administrativo*, v. 208, p. 147–181, 1997. O autor comenta, ainda, que “[a]s vitórias em ações judiciais injustas ou indevidas contra o Estado, movidas por indivíduos privados e por funcionários, aqueles pedindo indenizações absurdas em função principalmente de desapropriações, ou livrando-se da cobrança de impostos, estes solicitando vantagens indevidas que acabam desequilibrando todo o sistema remuneratório público, violentam a *res publica*” (p. 169).

tendência de aversão ao papel de explorado,⁵⁸³ e de que, nessa situação, podem tentar “restaurar o equilíbrio entre esforço e prêmio”, aderindo ao comportamento de carona e retroalimentando o “efeito da folga social”.⁵⁸⁴ O contribuinte pode acabar diminuindo sua moral tributária “simplesmente porque o pagador de tributo se ressentido com o tratamento injusto” que recebe das autoridades e do sistema.⁵⁸⁵

Os conflitos “micro” e “macro”, portanto, podem acabar se retroalimentando, o que é consistente com a percepção de que pode haver impactos sistêmicos na solução de controvérsias tributárias, que são, pelos citados motivos, de interesse público.

5.2. SOLUÇÕES DE CONFLITOS NA COBRANÇA TRIBUTÁRIA

Paradigma do poder de polícia do Estado que é, a cobrança tributária se pauta na tradicional lógica binária de legalidade, isonomia e vinculatidade estritas: não haveria terceira solução entre o constitucional e o inconstitucional, a incidência e a não-incidência, o isonômico e o desigual; tampouco há discricionariedade entre o tributar e o não-tributar.

A **legalidade tributária**, como nota Marco Antonio dos Santos Rodrigues, trata, na verdade, de um regime de reserva absoluta da lei, caso em que, a exemplo do direito penal, “a legalidade acaba por se converter em tipicidade”, de modo que não se possa “*exigir* ou

⁵⁸³ Cf. KERR, Norbert L., Motivation Losses in Small Groups: A Social Dilemma Analysis, *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 45, n. 4, p. 819–828, 1983. Os autores fizeram testes controlados com 75 alunos de graduação no contexto de trabalho de esforço recompensado por dinheiro. Trabalhos posteriores desenvolveram a ideia em outros campos. Fazendo a revisão bibliográfica do tema: TESS, Wilkison-Ryan, *The sucker norm*, [s.l.]: University of Pennsylvania, 2008.

⁵⁸⁴ LEE; CHEN; CHOU, Decreasing Tax Collectors’ Perceived Social Loafing through Collaborative Behaviors of Taxpayers, p. 1040.

⁵⁸⁵ Cf. GACHTER, Simon, *Conditional cooperation: Behavioral regularities from the lab and the field and their policy implications*, Nottingham: University of Nottingham - Centre for Decision Research and Experimental Economics, 2006, p. 20. Tradução livre. Os autores afirmam o trecho citado no contexto de revisão de outros estudos e à luz do modelo econométrico por eles desenvolvido. Como todo estudo empírico, há limitações metodológicas a considerar, que fogem ao escopo desta tese, as quais, porém, não infirmam (ao contrário, sugerem-na) a hipótese de que o *sucker effect* ocorre no universo do *compliance* tributário. Para aprofundamento, fazendo revisão bibliográfica do tema e discutindo suas limitações: CULLIS, John G.; LEWIS, Alan, Why people pay taxes: From a conventional economic model to a model of social convention, *Journal of Economic Psychology*, v. 18, n. 2–3, p. 305–321, 1997. — Confrontando trabalhos “de laboratório” e “de campo” na matéria: GACHTER, *Conditional cooperation: Behavioral regularities from the lab and the field and their policy implications*.

aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (CF, art. 150, I), isto é, “sem que esta tenha origem em deliberação dos representantes do povo”.⁵⁸⁶

Além disso, instituído o poder-dever de cobrar tributos, tal como o poder-dever de punir crimes, caberá à Administração Pública atuar de ofício para exercer essa atividade, que é não discricionária, mas **vinculada** à determinação legal de que seja praticada, de modo que é irrenunciável a competência tributária. Por isso, a Administração toma decisões unilaterais nessa atividade (*e.g.* lançando ou homologando créditos tributários), cabendo-lhe, pela mesma razão, corrigir de ofício eventuais erros no seu exercício (**autotutela**).

Por paralelismo, eventual *renúncia* ao crédito tributário também depende da decisão parlamentar. Assim, **não se confundem irrenunciabilidade e indisponibilidade** do crédito tributário: como todo bem patrimonial do erário, este patrimônio é disponível nas condições que a lei autorizar (*disponibilidade condicionada*).⁵⁸⁷

Essas condições delimitam o universo de soluções possíveis para a controvérsia tributária. Não basta, porém, prever o que deve ser tributado ou renunciado; é preciso delegar a alguém esse poder. Tratando-se a renúncia de exceção à regra da irrenunciabilidade tributária, por sua vez, sua previsão há de ser específica. Nada diferente, mais uma vez, do direito penal, cujas hipóteses para transação penal são circunscritas pelo legislador e atribuídas ao Ministério Público (*e.g.* Lei 9.099/1995, art. 76). Por tal razão, embora o CTN (art. 171) previsse desde sua origem, em 1966, a possibilidade genérica de transação tributária (**autocomposição**), esse instituto só foi usado quando o legislador especificou o objeto e os sujeitos aptos a perfazer o acordo.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos, Neoconstitucionalismo e legalidade administrativa: a juridicidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais, *Revista da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, v. 63, p. 181–201, 2008, p. 188–189.

⁵⁸⁷ MEGNA, Bruno Lopes, Consensualidade no processo tributário: atualização do estado da arte de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação, *in*: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio (Orgs.), *Processo Tributário*, Salvador: JusPodivm, 2017, p. 106. Nesta passagem, lembra-se ainda que atos vinculados podem ter como objeto direitos disponíveis da Administração, como ocorre na adjudicação do objeto licitado ao vencedor do certame. — O conceito de *disponibilidade condicionada*, em relação ao qual “há que se distinguir a indisponibilidade da função para o exercício da qual o bem serve como suporte da disponibilidade condicionada do próprio bem”, é de: MARQUES NETO, *Bens públicos*, p. 290.

⁵⁸⁸ A propósito, apontando que a Constituição do Brasil permite “vislumbrar uma indisponibilidade absoluta da competência tributária, mas não do ‘crédito tributário’ – previsto em lei, que pode ser disponível para a Administração, segundo os limites estabelecidos pela própria lei, atendendo a critérios de interesse coletivo”,

Parte da legalidade tributária, a **isonomia** no tratamento de contribuintes também circunscreve o universo das soluções possíveis. Na medida em que a tributação atinge virtualmente a todos e está construída na premissa de equitativa participação nos custos de organizar a sociedade, é reduzido o espaço para soluções “individualizadas”, que não caracterizem carona (*free-riding*) de certos favorecidos às custas de outros que arcariam com ônus de custear os serviços públicos. Neste ponto, as instituições resolvidoras de controvérsias tributárias, como tribunais administrativos e judiciários (**heterocomposição**⁵⁸⁹), têm papel de não só de pôr fim ao “micro-conflito”, mas também de uniformizar entendimentos para evitar distribuição anti-isonômica da carga tributária.

Nesse contexto, na medida em que os “micro-conflitos” tributários são precedidos por um “macro-conflito” relativo à justa distribuição entre os cidadãos do custo da própria organização social, as respectivas soluções também interferirão nesse equilíbrio. Assim como a inadimplência fiscal (sem outras questões jurídicas aparentes) tem óbvios impactos sistêmicos na arrecadação e na capacidade da sociedade em concretizar objetivos com o menor ônus possível para a população, a forma como esse problema é resolvido no varejo pode acabar revelando efeitos de atacado. A **eficiência** na repartição desse peso social é, portanto, uma questão de justiça, de modo que o olhar sistêmico nas soluções adotadas importa para sua validade e legitimidade jurídicas.

5.3. MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA COBRANÇA TRIBUTÁRIA

5.3.1. Método-paradigma: a execução fiscal

bem como a “premissa de inexistência, no Direito de todos os povos, de um tal princípio universal de ‘indisponibilidade do tributo’”: TORRES, Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa, p. 56. — Por sua vez, afirmando que “nada obstante a competência tributária seja patrimônio de seu titular, a ele faltam alguns poderes de disposição sobre ela. A pessoa política que a titulariza pode até não a utilizar (...) mas não a pode renunciar”: CARRAZA, Roque Antonio, *Curso de direito constitucional tributário*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 870.

⁵⁸⁹ Pode-se vislumbrar nos tribunais administrativos tanto um caráter de autotutela, na medida em que tomam decisões administrativas de revisão dos atos do próprio Fisco, como heterocompositivos, especialmente quando compostos também por integrantes da sociedade civil. No mesmo sentido, vale lembrar que o Poder Judiciário é também parte do Estado, de modo sua qualificação “heterocompositiva” denota antes a imparcialidade do terceiro que toma a decisão do que não-identificação com uma das partes (cf. 1.4.2).

A execução fiscal é um procedimental especial, previsto na Lei 6.830/1980, cujo intento era o de conferir mais eficiência à cobrança judicial da dívida ativa, por meio de um processo expedito.⁵⁹⁰ Passadas quatro décadas, porém, tornou-se o grupo de ações judiciais mais volumoso e moroso do país, com eficácia contestada. Diversas manifestações se referem a ela como um estorvo: “historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário”,⁵⁹¹ dotadas de “*patológica morosidade*” e “extremamente ineficientes”.⁵⁹²

Segundo dados de 2019, do CNJ, execuções fiscais têm a maior taxa de **congestionamento** da Justiça cível brasileira (86,9%, ou seja, de cada cem processos de execução fiscal, apenas 13,1 foram concluídos naquele ano, e 86,9 prosseguiram). Em média, levam 8 anos para serem concluídos e representam **39% de todas as causas pendentes** no Judiciário.⁵⁹³ A compreensão desses dados, porém, requer um olhar mais aproximado.

Execuções fiscais têm acentuado caráter burocrático: constituem uma sequência de tentativas e erros em localizar o devedor e expropriá-lo para quitação do crédito, com intervenções judiciais pontuais, que visam garantir o devido processo legal na subtração da propriedade privada. São ajuizadas por todos os 5.593 entes federados, além de suas entidades autárquicas e conselhos profissionais, e recebem, no Judiciário, tratamento sob verdadeiro *modelo fordista*, com repetição de tarefas padronizadas, por atores especializados e alienados ao resultado de seu trabalho.⁵⁹⁴

Por outro lado, esse modelo “industrial” proporciona **ganhos de escala**, de modo que, quanto maior e mais bem estruturada essa máquina, menores são os custos para nela se

⁵⁹⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da; MEDEIROS, Bernardo A., A “morte lenta” da execução fiscal: isso é necessariamente ruim, *in*: SILVA, Paulo Eduardo Alves da; CUNHA, Alexandre dos Santos (Eds.), *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*, Brasília: IPEA, 2013, p. 29.

⁵⁹¹ BRASIL, *Justiça em Números 2020 (ano-base 2019)*, p. 155.

⁵⁹² WOLKART, *Análise econômica do processo civil*, p. 60–65.

⁵⁹³ BRASIL, *Justiça em Números 2020 (ano-base 2019)*, p. 155. O maior índice de congestionamento é o dos processos de execução de pena privativa de liberdade (87,4%), contudo, deve-se ponderar que tais processos duram tanto quanto durar a própria pena criminal.

⁵⁹⁴ MARTINS, Ana Paula Antunes; COLARES, Elisa Sardão, “Fordismo Judiciário”: a administração do judiciário no Brasil e os impactos nos processos de execução fiscal, *in*: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.), *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*, Brasília: IPEA, 2013, v. 9, p. 292.

adicionar mais uma demanda.⁵⁹⁵ Evidentemente, há um limite da capacidade instalada que, se ultrapassado, pode causar prejuízos, como os decorrentes do congestionamento: é preciso olhar não só para o desenho, mas também para as **limitações materiais do método**.

Ainda nessa perspectiva de escala, não se pode deixar de notar que essa configuração também pode dar **vantagens institucionais comparativas** aos grandes litigantes (*repeat players*) que, ao se adaptarem a essa máquina, passam também a ter “custo decrescente em cada novo caso”,⁵⁹⁶ além de relações mais próximas ou até infiltradas na instituição julgadora, de modo que seus efeitos positivos (*e.g.* otimização do gasto público, que custeia tanto a atividade judiciária como a fiscal-fazendária) podem vir acompanhados de efeitos negativos (*e.g.* prejuízo à equidistância entre as partes litigantes).⁵⁹⁷

Espécie particular de litigantes habituais nas execuções fiscais são os **conselhos profissionais**. Representam mais de um terço dessas demandas no âmbito federal, com valores módicos,⁵⁹⁸ ajuizados em face de devedores (por definição e em tese) economicamente ativos, o que facilita a quitação. Há quem critique a execução de seus “valores irrisórios” como “uso irresponsável”⁵⁹⁹ do Judiciário, especialmente porque estariam sendo usados como

⁵⁹⁵ Aplicando esse conceito ao âmbito da gestão de processos na Justiça do Trabalho e para a Justiça Comum de 1º grau do Rio Grande do Sul, com base em dados empíricos, e afirmando que “nota-se que o número de comarcas eficientes tende a crescer com o tamanho da Comarca, o que pode indicar que existe economia de escala nos serviços prestados pelo judiciário”: SCHWENGBER, Silvane Battaglin, *Mensurando a eficiência no sistema judiciário: métodos paramétricos e não paramétricos*, Tese (Doutorado em Economia), Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 97.

⁵⁹⁶ SALLES, Processo civil de interesse público, p. 67.

⁵⁹⁷ “Assim, de um lado, mostra a execução fiscal como verdadeiro arquétipo da vantagem institucional que a Fazenda Pública tem, como *repeat player*, na atividade jurisdicional (...) mas, de outro, ela traz um elemento novo ao jogo, que é o fato de fazer o Poder Judiciário concentrar atenção em uma das partes processuais, qual seja, a Fazenda Pública, não só pela sua repetição em juízo, mas especialmente pelo volume de trabalho que lhe acarreta (...) capaz de interferir estruturalmente na gestão judiciária, o que leva, por vezes, a certas preocupações de gestão de massa processual que se sobrepõem às preocupações sobre o mérito em si”: MEGNA, Bruno Lopes; SILVEIRA, Bruna Braga da; ANGELLA, Marília Golfieri, A Fazenda Pública como *repeat player*: vantagens, congestionamento de processos e considerações sobre a execução fiscal, *in*: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.), *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*, São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 98.

⁵⁹⁸ Em 2021, eram 34% das execuções fiscais do Tribunal Regional Federal, quase todas (97%) com valores de até dez mil reais (ao passo que, na PGFN, 83% são de valores entre dez mil e 500 mil reais). Essa realidade não é diversa do que foi constatado em 2009, em que Conselhos Profissionais também representavam mais de 1/3 do volume dos processos da Justiça Federal, com valores, em média, de R\$ 1.540,74, contra R\$ 26.303,25 dos títulos da PGFN, à época. Respectivamente: BRASIL, *Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro: relatório final de pesquisa*, p. 126–127. BRASIL, *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*, p. 33.

⁵⁹⁹ BRASIL, *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*, p. 31. A pesquisa não indica números sobre o tempo dessas execuções fiscais.

“instrumento primeiro de cobrança das anuidades”,⁶⁰⁰ razão por que propõem “criar mecanismos que inibam os conselhos a recorrer ao judiciário federal para receber de seus credores”⁶⁰¹ — ato falho revelador de preocupação maior com a *Justiça* do que com *justiça*, como se a utilidade do judiciário fosse blasfêmia.

Neste ponto, é curioso notar que essas demandas tendem a ser rápidas e, embora ajuizadas em grande volume, pouco se acumulam no estoque total judiciário (têm baixo índice de congestionamento).⁶⁰² Ademais, ao contrário das Fazendas Públicas, conselhos profissionais não dependem de lei para renunciar às suas cobranças ou para se valer de métodos alternativos. O uso da execução fiscal por essas corporações denota, portanto, que a via judicial lhes é verdadeiramente eficaz (ou, no mínimo, uma alternativa melhor que não ajuizar). Ao que parece, o “incômodo” que causam está na (natural) absorção de tempo e recursos que tomam da máquina judiciária, que poderiam ser empregados em outras causas, ao ver dos críticos, mais importantes.

Assim, no caso dos conselhos profissionais, se disfunção há, não é devido à “falta de respeito” ao Judiciário, pois, ressalvados os casos de litigância de má fé (CPC, art. 80),⁶⁰³ a princípio, não há dever legal de que o autor considere, na tomada de decisão de ajuizar sua demanda, os efeitos sistêmicos que causará. Em outras palavras, na medida em que esses **efeitos sistêmicos não estão internalizados na decisão de ajuizamento**, o demandante é autorizado a **socializar esses custos** decorrente de sua conduta. Trata-se de verdadeira **externalidade** da litigância, até porque, ao contrário das fazendas estaduais e federal, os orçamentos dos conselhos profissionais não custeiam a própria máquina judiciária, de modo que, em linhas gerais, o *custo externalizado* por essas corporações — a exemplo do que ocorre

⁶⁰⁰ BRASIL, *A execução fiscal e o impacto no Judiciário*, p. 16. É de se colocar em dúvida essa afirmação já que notificações (por correio comum ou eletrônico) provavelmente devem ser enviadas previamente à judicialização, até para justificar o interesse processual.

⁶⁰¹ SOUZA, Ailton; SILVA, José Irivaldo A. O., Quem usa execução fiscal no Brasil?, in: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.), *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*, Brasília: IPEA/CNJ, 2013, p. 41–59. Os mesmos autores relatam entendimento da 11ª Vara de Execução Fiscal de Recife, cujo magistrado extinguiu processos sob fundamento de que não se justificava a prestação jurisdicional em se tratando de numerários irrisórios (p. 53).

⁶⁰² Em 2021, eram apenas 0,24% do estoque dos executivos fiscais no país: BRASIL, *Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro : relatório final de pesquisa*, p. 112.

⁶⁰³ CPC, Art. 80: “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

em relação a quaisquer outros demandantes não integrados ao orçamento da União —, a cada execução, equivaleria ao *custo unitário do processo*⁶⁰⁴ descontado das taxas judiciárias pagas.⁶⁰⁵

Diante disso, cabe ponderar (a) se a deferência do *procedimento especial* de execução fiscal a tais corporações é legítima, lembrando que eles são considerados “poder público” pela jurisprudência,⁶⁰⁶ ou (b) se decorre de mera *captura* do legislador, que os permitiu carona na via extraordinária da cobrança fazendária, possibilitando-os ganhos adicionais (em comparação a outros jurisdicionados, obrigados a usar a execução comum) sem contrapartida (*rent-seeking*), ou (c) se deslocar essas demandas para a execução comum não seria até mais custoso que o processamento pela (presumidamente mais enxuta) execução fiscal. Outras considerações ainda podem ser colocadas, como (d) se seria legítimo obstar esse acesso aos conselhos, (e) se há alternativas igualmente eficazes, lembrando que alternativas mais caras para os conselhos podem implicar aumento nas anuidades dos profissionais regulamentados (que repassarão esse custo aos consumidores de seus serviços), entre outras. De todo modo, a análise do “adequado” uso da execução fiscal por essas corporações não pode ser fundamentada tão-só na simpatia pela sua presença nos corredores judiciários. É preciso aferir o custo/benefício *para a sociedade*.

No caso de Fazendas municipais, igualmente, deve-se considerar que, em regra, tampouco há participação orçamentária no custeio da Justiça que lhes serve. A exceção é o caso em que a municipalidade cede recursos materiais ou humanos para os fóruns judiciários que

⁶⁰⁴ BRASIL, *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*, p. 26. O valor foi calculado pelo IPEA a partir das médias de frequência e de tempo existentes em cada ato envolvido no processo (não considerando embargos e recursos), e sua proporção em face dos gastos orçamentários do Poder Judiciário. Não foram considerados, porém, gastos de outros órgãos estatais (e.g. procuradorias fazendárias) que participam desses processos.

⁶⁰⁵ Em 2009, estimou-se que o custo médio de cada execução fiscal *para o Judiciário federal* seria de R\$ 4.368,00. Considerando que não há participação significativa de outros órgãos estatais nesses processos (de modo que o custo judiciário é o mais significativo) e que, à época, ao menos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Resolução nº 278, de 16 de maio de 2007), o valor máximo das custas iniciais para ações cíveis em geral era de R\$ 1.915,38, pode-se dizer que o custo externalizado, nesse caso, seria, em média, de R\$ 2.452,62 por execução. — A obrigação de conselhos profissionais pagarem taxas judiciárias está pacificada de acordo com Tema Repetitivo nº 625 do STJ (REsp 1338247/RS, Rel. Min. H. Benjamin, publicado em 19 dez. 2012).

⁶⁰⁶ Tais conselhos exercem fiscalização que, em tese, é de interesse social. A jurisprudência reconheceu-lhes natureza de autarquia, integrante da Administração Pública indireta. Dado que sua receita decorre das inúmeras anuidades e multas impostas aos seus profissionais, colocar alçada maior inviabilizaria seu acesso ao procedimento da execução fiscal, contrariamente à vontade legislativa, que deferiu a tais conselhos essa prerrogativa. Vide: Súmula 583 do STJ e as Edições nº 135 e 136 da série “Jurisprudência em Teses”, também do STJ, disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp] (acesso em 3 mar. 2021).

lhes atendem, em prol do interesse “comum” em dar vazão a essas demandas — intensificando as *vantagens institucionais comparativas* já mencionadas. Ressalvados esses casos, e considerando que tal grupo é isento de despesas processuais (Lei 6.830/1980, art. 39), tem-se que o **custo marginal** aos orçamentos estaduais para que uma Prefeitura ajuíze execução fiscal perante o Judiciário é, a princípio, maior que o dos conselhos profissionais (que pagam taxas judiciárias) para o orçamento federal.⁶⁰⁷

Diante disso, o que deve ponderar é em que medida os benefícios *para a sociedade* justificam esse *custo marginal superior* (e.g. em razão da essencialidade dos serviços municipais), em comparação aos conselhos profissionais, tendo em vista que, em ambos os casos, não há dúvida, **tais agentes externalizam os custos da execução fiscal** para os orçamentos estaduais ou federais.

No caso das Fazendas estaduais e federal, essa ponderação também se coloca, pois, ainda que não externalizem o custo do ajuizamento de suas execuções fiscais para outros orçamentos, é certo que não deixam de *socializá-lo*.

Nesse sentido, com base em apuração de que a PGFN teria sucesso integral em apenas 1/4 de suas execuções fiscais, estudos sugeriram que seriam antieconômicos os ajuizamentos destinados a cobrar valores inferiores a 4 vezes o custo-unitário médio do processo, já que implicaria um dispêndio público de resultado sistêmico nulo.⁶⁰⁸ A ideia de que certas execuções fiscais seriam antieconômicas já não era nova: a Portaria do Ministério da Fazenda nº 248, de 2000, previa o não-ajuizamento de débitos fazendários inferiores a R\$ 2.500,00, ressalvadas multas criminais — caso em que se presumiu que o **valor moral da execução** superaria o valor econômico do custo da execução. Posteriormente, tal valor foi aumentado para R\$ 10.000,00 (Portaria MF 49/2004) e, depois, em sintonia com a referida

⁶⁰⁷ A rigor, seria preciso conhecer os valores dos valores do custo unitário da execução fiscal das Fazendas municipais, que tramitam na Justiça Estadual, e ajustar a comparação considerando ainda que as execuções dos conselhos fiscais tramitam na Justiça Federal. Ademais, deve-se considerar que, em caso de vitória fazendária, o sucumbente pagará as respectivas custas, ainda que o originalmente isento o exequente.

⁶⁰⁸ CUNHA; KLIN; PESSOA, *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, p. 16. Com relação à PGFN, dado que a probabilidade de recuperação de crédito pela PGFN é de 25,8% (ou seja, 1 em 4 têm sucesso integral), estimou-se que a execução de valor inferior a R\$ 21.731,45 seria antieconômica na dívida ativa ajuizada pela PGFN. Para os “demais” autores de execução fiscal, cuja recuperação do crédito se dava em 33,9% dos casos, só haveria economicidade a partir do patamar (“break even point”) de R\$ 12.885,60 ; porém, essa última consideração só faz sentido aos “demais” atores que dividem orçamento com a máquina judiciária federal (e.g. autarquias), pois, como visto, em relação aos demais (e.g. conselhos federais), há verdadeira externalização do custo.

apuração de 2009, para R\$ 20.000,00, autorizando ainda o “arquivamento, sem baixa na distribuição” das demandas já ajuizadas em que se cobrava valor inferior a esse.

A base para essa *política de não ajuizamento de ações* pela PGFN foram estudos publicados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), que analisaram em detalhes execuções fiscais findas em 2009, na Justiça Federal,⁶⁰⁹ os quais, conforme se vê, tiveram inegável importância no sentido de promover consciência sobre a necessidade de racionalização da litigância estatal e da apuração de dados empíricos para subsidiar decisões referentes à litigância do Poder Público. Apesar da superveniência de trabalhos mais recentes,⁶¹⁰ tais estudos, por seu detalhismo e abrangência, ainda são os que melhor permitem inferir os aqui buscados efeitos sistêmicos, sem prejuízo das ressalvas que comportam.⁶¹¹

Dentre as ressalvas, destaca-se que, embora também seja um relevante ator nesse processo, empregando recursos humanos e materiais, a pesquisa não considerou os gastos do Poder Executivo — não se sabe se por falta de informação ou pelo viés costumeiro que considera apenas a perspectiva judiciária, a qual, conforme defendido nesta tese, não é suficiente para se compreender o fenômeno da litigância estatal.

⁶⁰⁹ BRASIL, *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*; CUNHA; KLIN; PESSOA, *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*; CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.), *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*, Brasília: IPEA/CNJ, 2013. — Ainda: BRASIL, *A execução fiscal e o impacto no Judiciário*.

⁶¹⁰ Destacando-se: BRASIL, *Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro: relatório final de pesquisa*. Tal pesquisa, embora mais recente, não contém certos elementos de interesse para a presente análise. Ademais, preferiu-se a pesquisa de 2009, focada no nível federal, que os de 2022, impactados pela pandemia de 2021 e cujos dados disponibilizados nem sempre diferenciaram níveis de governo, apesar de partir de uma base que não engloba toda a federação, o que pode ter enviesado alguns resultados.

⁶¹¹ Do ponto de vista metodológico, destaca-se a ressalva de que, no ano de 2009, base da pesquisa, foi convertida em lei uma medida provisória que havia perdoado créditos fazendários de até dez mil reais, impactando o índice de extinção por remissões (8% no geral / 13% na PGFN). Ademais, tal ano foi precedido de uma série de parcelamentos tributários, que também podem ter impactado os índices de quitação decorrentes de parcelamento (12,3% do total geral / 10% da PGFN, representando mais de um terço das suas extinções por quitação, naquele ano). A isso a pesquisa reage afirmando que “contrariamente ao senso comum, o grau de respeito aos programas de parcelamento mostra-se extraordinariamente elevado: 64,4%” (*Ibid.*, p. 20). Contudo, conforme exposto no tópico adiante, deve-se ponderar que o ano de 2009 foi precedido por uma sucessão de outros parcelamentos que permitiam ao aderente de um programar reoptar pela adesão ao programa de parcelamento seguinte, e o que o próprio programa de parcelamento pode influir na adimplência tributária como um todo. Ademais, deve-se considerar que a dívida ativa só é ajuizada depois de esgotados os processos administrativos de impugnação e cobrança amigável do crédito (que podem durar até 10 anos), de modo que a execução fiscal se destina, em tese, às cobranças mais difíceis (concluindo-se, em média, 16 anos depois da constituição do crédito).

Além disso, embora o tenha reconhecido, a pesquisa não chegou a dimensionar os efeitos do **risco moral** (*moral hazard*) consistente no potencial incentivo à inadimplência tributária pela política de não-ajuizamento de execuções fiscais.⁶¹² Sabedores da informação de que seus débitos não serão executados até certo valor, os contribuintes podem internalizar essa informação nas suas decisões (assimetria de informação de natureza *endógena*). Embora seja difícil estimar esse impacto, o estudo sobre os parcelamentos tributários apresentado adiante (cf. 4.3.2), conquanto de escopo diverso, indica que não se trata de algo desprezível.

É, de fato, intuitivo que a cobrança tenha efeito simbólico de reforço da cogência da norma tributária e do sentimento de presença do Estado: há aí um “escopo político, que consiste na afirmação do poder estatal. Nesse contexto, descartar a cobrança de valores inferiores ao custo do processo é dar margem à crença generalizada de que o inadimplemento compensa”.⁶¹³ O próprio relatório do IPEA afirma que “é importante que a divulgação do novo valor dê-se no contexto de simultânea publicação de uma clara política de recuperação dos créditos fiscais inferiores a R\$ 20.000,00, sob pena de sinalizar à sociedade a desimportância do correto recolhimento de impostos e contribuições”.⁶¹⁴ Por tal motivo, as políticas de desajuizamento devem vir acompanhadas de **métodos compensatórios**, como o redirecionamento dessas demandas menores para vias alternativas, como o protesto em cartórios extrajudiciais.⁶¹⁵

Diante disso, é possível afirmar que, ainda que não externalizem despesas para outros orçamentos, nota-se que os **custos das opções fazendárias**, até mesmo nos âmbitos federal e estadual, são socializados, “**externalizando-se**” em forma de desperdício da riqueza acumulada pela população (de cujo trabalho provêm o tesouro público), quando

⁶¹² CUNHA; KLIN; PESSOA, *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, p. 17.

⁶¹³ YARSHELL, Flávio Luiz, a execução fiscal como paradigma evolutivo do modelo executivo brasileiro, in: SILVA, Paulo Eduardo Alves da; CUNHA, Alexandre dos Santos (Eds.), *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*, Brasília: IPEA, 2013, p. 193.

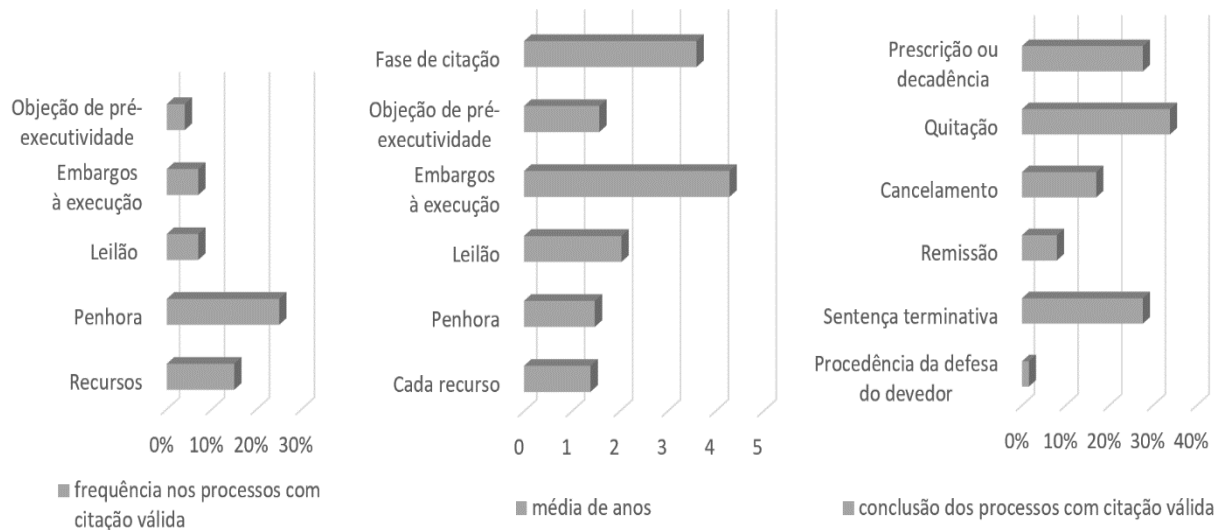
⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁶¹⁵ GRAMSTRUP, Erik F. *et al*, Redução de executivos fiscais e os impactos arrecadatórios decorrentes do Regime Diferenciado de Cobrança de Crédito instituído pela PGFN, in: WATANABE, Kazuo *et al* (Eds.), *Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público*, São Paulo: RT, 2021, p. 93–110. — Também no sentido de que o resultado positivo de outros meios de cobrança da dívida ativa, como o protesto, comprovariam a “ineficiência” da execução fiscal: QUEIROZ E SILVA, Jules Michlet Pereira, *Execução Fiscal: eficiência e experiência comparada*, Brasília: Câmara dos Deputados, 2016, p. 9.

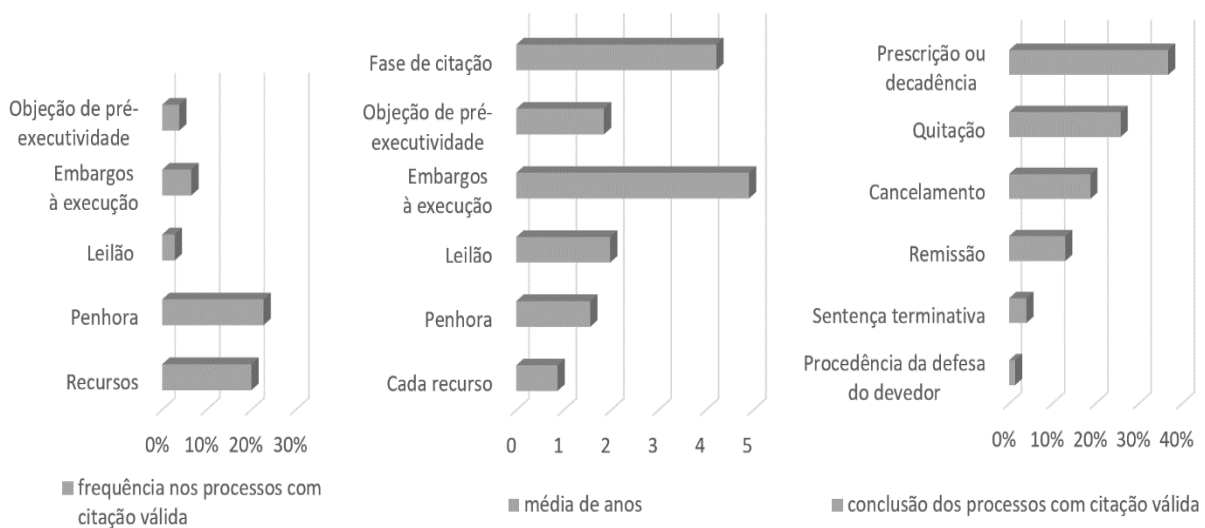
antieconômicas, e em forma de risco moral quando predatórias do próprio sentimento de cogência das normas tributárias.

Neste ponto, é também importante diferenciar “eficiência” e “efetividade”. A *ineficiência* da execução fiscal costuma se referir ao resultado individual de cada processo, em relação ao seu custo e tempo (noção de *produtividade*). Todavia, quando se considera que tais demandas fazem parte de um sistema no qual exercem também *papel simbólico e pedagógico* de reafirmação do sentimento de cogência das normas tributárias (suas indesejadas consequências a quem deixa de pagar tributos desincentiva a inadimplência em geral e promove *efetividade* ao direito tributário), percebe-se que **não se confundem a (in)eficiência da execução fiscal e a efetividade da política tributária.**

Para esse debate, vale observar alguns resultados das citadas pesquisas do IPEA, resumidos graficamente nos **Quadros 14 e 15.**

Quadro 18 - Tempo e resultados das execuções fiscais federais (2009)

Gráficos autorais. Dados: IPEA(a), 2011⁶¹⁶

Quadro 19 - Idem: apenas execuções ajuizadas pela PGFN (2009)

Gráficos autorais. Dados: IPEA(b), 2011⁶¹⁷

⁶¹⁶ BRASIL, *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*.

⁶¹⁷ CUNHA; KLIN; PESSOA, *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*.

A partir desses resultados, nota-se, quanto à **morosidade**, que, à parte da defesa do executado, fase mais alongada do processo, o principal fator de prolongamento das execuções fiscais é a citação (3,5 anos em média, mais da metade do prazo prescricional de 5 anos), a qual resultou válida em apenas 63,1% dos casos; as restantes 36,9%, portanto, eram natimortas. Mesmo quando realizadas por edital, citações válidas só foram conseguidas em 53,8% dos processos (44%, nos casos da PGFN). Isso “indica que a quantidade de equívocos na publicação de editais de citação é bastante expressiva”,⁶¹⁸ já que só fracassa (nos termos do então art. 232 do CPC/1973, hoje art. 256 do CPC/2015) se houver erro na publicação editalícia ou nos dados do título exequendo. Mesmo nos casos com citação válida, vícios administrativos na constituição do crédito ou na formalização do título ainda levarão ao seu cancelamento (responsável pela baixa de 17% das execuções em geral; 18% na PGFN).⁶¹⁹ Percebe-se, assim, que a **qualidade das informações** — sobre o crédito exequendo, além, obviamente, da qualidade da solvência do devedor, *informação* essa também necessária nas análises fazendárias — é determinante para o resultado.

Diante disso, os pesquisadores do IPEA concluíram que a morosidade não decorre dos prazos processuais (das partes, da defesa ou da análise jurisdicional), mas de falhas estruturais no “modelo *fordista*” de processamento dessas demandas,⁶²⁰ o que coloca à reflexão o fato de que a **adequação jurídico-processual não necessariamente é o problema**.⁶²¹

Nesse sentido, constatou-se que o tempo humano para cada ato da execução era de *horas*, ao passo que a espera para que esses mesmos atos fossem praticados era de *anos*, “**tempo morto**” este que se agrava conforme aumenta o volume de processos no Judiciário,

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁶¹⁹ A Fazenda só pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392, STJ).

⁶²⁰ SILVA; MEDEIROS, A “morte lenta” da execução fiscal, p. 31.

⁶²¹ Os próprios pesquisadores ressaltam a “pouca informação existente nos autos sobre quem, de que modo e quanto [se] pagou ao exequente” e o desinteresse dos juízes em realizar o levantamento desses dados, mas, apesar disso, reputam que a execução fiscal tem sucesso “razoável” e, mais uma vez, enfatizam na necessidade de melhorar aspectos burocráticos relativos ao método: CUNHA; KLIN; PESSOA, *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, p. 21 e 7, respectivamente. — Por consequência, pouco se pode extrair dos demais dados que apontam, nas execuções fiscais em geral, que a adjudicação ou expropriação de bens se deu em apenas 0,5%, mas que a conversão em renda representou 14%. Embora a pesquisa não especifique, presume-se que se trata ou de depósitos voluntários em garantia do juízo ou de depósitos decorrentes de penhora de contas bancárias. O aprofundamento dessa informação poderia auxiliar na compreensão sobre a relevância de questões efetivamente jurídicas, como a controvérsia sobre a aceitação dos seguros-garantias, e de questões práticas, como a gestão do sistema eletrônico de penhoras.

num ciclo vicioso de congestionamento. Por isso, uma **solução não-jurídica** seria automatizar tarefas, conforme indicou experiência na 12ª Vara da Fazenda da Capital do Rio de Janeiro, em que o uso de inteligência artificial possibilitou processar eletronicamente, em 3 dias, atividades de penhora que, manualmente, demorariam de 2 a 5 anos.⁶²²

Ao afetar a **eficiência** da execução fiscal, **o efeito prático do congestionamento pode prejudicar os objetivos jurídicos** da política de arrecadação fiscal. A delonga facilita a tarefa do devedor que tem a intenção de ocultar bens para fugir à execução. Ademais, quando se considera que aproximadamente 70% das execuções fiscais têm resultado outro que a quitação do crédito (cf. Quadro 14), e que as chances de pagamento são próximas ou menores que as de prescrição (cf. Quadros 14 e 15), nota-se espaço de estímulo para comportamentos protelatórios e não-cooperativos.⁶²³ Aumentam as chances de oportunismo, ainda, se a procrastinação abrir espaço para investimentos de ganho certo do contribuinte (*e.g.* manter liquidez para obter crédito).⁶²⁴

Essas constatações são relevantes pois demonstram que, mantidas as condições estruturais de processamento das execuções fiscais, **a decisão de ajuizá-las em massa pode ser contraproducente com o próprio objetivo arrecadatório que a motivou** — de modo que, se a legislação e a jurisprudência permitissem alternativa, a opção do administrador pela execução fiscal poderia ser considerada até mesmo inválida, por ausência de razoabilidade entre meios e fins.

⁶²² Relata-se que foram praticados, neste período, atos em mais de seis mil processos: PORTO, Fabio Ribeiro, O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal: estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *Direito em Movimento*, v. 17, n. 1, p. 142–200, 2019, p. 186.

⁶²³ Cf. SILVA; MEDEIROS, A “morte lenta” da execução fiscal, p. 38. — os índices de extinção de execuções fiscais terminam por prescrição ou decadência (36,8% na PGFN / 27,7% em geral) se mostraram equiparáveis aos da extinção por quitação. Comparando os processos da PGFN com as execuções fiscais federais em geral, vê-se que a prescrição ou a decadência provocam o fim de suas demandas com mais frequência que as demais; ao mesmo tempo, o **índice de satisfação do crédito (33,9%)** das execuções em geral é superior ao índice da **PGFN, de 25,8%**. O pagamento direto foi motivo de quitação em 7,1% das execuções em geral, e 5,4% na PGFN. Cf. CUNHA; KLIN; PESSOA, *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, p. 8. - BRASIL, *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*, p. 20.

⁶²⁴ Cf. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, Prospect theory: An analysis of decision under risk, *Econometrica*, v. 264, n. 2, p. 263–291, 1979. Os autores propõem que a decisão de pessoas em geral, diante de riscos, tende a seguir um padrão em que serão mais cautelosas (aversas ao risco — *risk-averse*) diante de ganhos prováveis e de perdas improváveis e mais ousadas (afetas ao risco — *risk-seeking*) diante de perdas prováveis e ganhos improváveis.

Tais perspectivas, obviamente, não são excludentes. Eventuais problemas na qualidade de *informações* captadas pelo método é ainda um problema metodológico, que pode ser endereçado com viés mais normativo (*e.g.* obrigar o executado a fornecer dados e responsabilizá-lo pelas informações prestadas), ou mais prático (*e.g.* focar na inteligência computacional). É preciso verificar, também, se os tomadores de decisão têm ao seu alcance os meios para obter as informações (*e.g.* por meio de acesso a banco de dados bancários) e a capacidade de interpretá-las (*e.g.* se depender de conhecimento contábil), ou se, de fato, o problema está no desenho do procedimento (*e.g.* ordem dos atos). Trata-se, de todo modo, de análise de adequação.

5.3.2. Uma alternativa a comparar: os programas de recuperação fiscal no Brasil

No Brasil, a alternativa mais explorada à judicialização da dívida ativa tem sido o lançamento de programas de recuperação fiscal, que, em geral, oferecem parcelamentos para que os contribuintes possam regularizar sua situação tributária. Estudos sobre os efeitos históricos desses programas no comportamento de contribuintes⁶²⁵ e na arrecadação fiscal⁶²⁶, porém, têm demonstrado que “a mera expectativa da criação de parcelamentos tributários já tende a enfraquecer a arrecadação atual e que quanto mais favoráveis forem as condições oferecidas menor tendem a serem as receitas presentes”.⁶²⁷ A notícia de impactos sistêmicos a serem ponderados na escolha desta alternativa torna esse caso de especial interesse para a presente caso.

Os estudos citados se debruçaram sobre o fato de que o governo federal, por uma década, rigorosamente a cada três anos (2000, 2003, 2006, 2009), ofertou programas que permitiam a regularização da situação fiscal para empresas inadimplentes, por meio de parcelamento de dívidas tributárias vencidas, inscritas ou não em Dívida Ativa, com perdões ou descontos nas multas e nos juros moratórios. Trata-se do Programa de Recuperação Fiscal

⁶²⁵ FABER, Frederico Igor Leite; SILVA, JPRFM, Parcelamentos tributários: análise de comportamento e impacto, *Revista da Receita Federal: Estudos tributários e aduaneiros*, v. 3, n. 1–2, p. 161–188, 2016; PAES, O parcelamento tributário e seus efeitos sobre o comportamento dos contribuintes.

⁶²⁶ PAES, Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária; MARQUES, Marcos Silva Moreira, *Eficiência da arrecadação de impostos e contribuições federais: uma abordagem com uso de fronteiras estocásticas*, Dissertação (Mestrado em Economia), Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

⁶²⁷ PAES, O parcelamento tributário e seus efeitos sobre o comportamento dos contribuintes, p. 360.

(“REFIS”, Lei 9.964/2000), do Parcelamento Especial (“PAES”, Lei 10.684/2003), do Parcelamento Extraordinário (“PAEX”, Medida Provisória 303/2006), e do parcelamento conhecido como “REFIS-CRISE” (Lei 11.941/2009), depois reaberto pelas Leis 12.865/2013, 12.973/2014 e 12.996/2014 (“Refis da Copa”) e 13.043 (“Refis de Natal”).⁶²⁸ Em geral, os contribuintes puderam repactuar seus parcelamentos aderindo ao programa posterior.

Ao analisar o desempenho arrecadatário ao longo desse período, os pesquisadores confirmaram algumas suposições intuitivas. A primeira, é de que **a modelagem do programa tem impacto na efetividade da solução**: “as condições [de descontos em juros e multas] ofertadas pela Administração Tributária terão papel decisivo na redução da disposição de pagar tributos espontaneamente”.⁶²⁹ A segunda, é de que **a mera existência de um novo programa tem impacto na efetividade da solução anterior**, porque, racionalmente, ninguém se manteria em condições piores se lhe estão sendo oferecidas condições melhores. Uma terceira inferência, menos óbvia, é de que a expectativa de uma nova solução tem impacto na efetividade das soluções já existentes e que **a mera expectativa de uma nova solução pode ter efeitos no comportamento daqueles que ainda sequer têm um conflito a resolver**.⁶³⁰

Com base em dados da Receita Federal do Brasil (até 2011), Nelson Leitão Paes constata um “comportamento em comum” em todos esses parcelamentos: “no momento em que são instituídos, há uma adesão em massa dos contribuintes, mas com o passar do tempo muitos deles são excluídos, seja por inadimplência ou por quitação da dívida ou ainda por adesão a um novo parcelamento”, observando-se uma queda “substancial” após o terceiro ano (coincidente com a oferta de novo programa de parcelamento).⁶³¹ Diante disso, formula cálculos

⁶²⁸ Mais recentemente, instituiu-se o Programa Especial de Regularização Tributária (“PERT”, Lei 13496/2017).

⁶²⁹ PAES, Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária, p. 339.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 325. A pesquisa de Paes “confirma a intuição” a partir de um modelo estrutural de econometria. — Sobre modelos econométricos, vale notar que, *desde que aceitas suas premissas*, “os modelos estruturais definem como os resultados se relacionam às preferências e aos fatores relevantes no ambiente econômico, identificando mecanismos que determinam os resultados. Além disso, eles são projetados para analisar políticas contrafactuais, quantificando impactos sobre resultados, bem como efeitos a curto e longo prazo”: LOW, Hamish; MEGHIR, Costas, The use of structural models in econometrics, *Journal of Economic Perspectives*, v. 31, n. 2, p. 33–58, 2017, p. 33–34.

⁶³¹ PAES, Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária, p. 326. O autor cita (*Ibid.*, p. 237.) que “Morais *et al.* (2011) fazem uma análise do motivo que levaram os contribuintes a sair dos parcelamentos. Segundo os autores, e com dados de 2011 no REFIS, 85% do total de opções foram encerradas por rescisão; no PAES este percentual cai para 62% e no PAEX é de 53%. Ainda que boa parte dos encerramentos se deva a inadimplência, os autores mostram que uma parte desse grupo apenas trocou de parcelamentos. Do REFIS

econométricos que testam a hipótese de que o parcelamento aumentaria o “*gap tributário*” (diferença entre a expectativa de arrecadação prevista em lei e a arrecadação efetiva), em longo prazo. Partindo da premissa de que querem maximizar lucros, traduz em modelos algébricos o raciocínio pelo qual os contribuintes ponderariam a possibilidade de abertura futura de programa de parcelamento e a possibilidade de serem autuados pelas autoridades fazendária se inadimplentes.⁶³² Demonstrando matematicamente a aplicação de sua fórmula, conclui que “os resultados confirmam a intuição”: “a expectativa de oferta de parcelamentos tributários no futuro, bem como as condições em que são colocados, principalmente o número de parcelas e taxa de juros aplicada as parcelas, afetam de forma negativa o recolhimento espontâneo hoje”.⁶³³

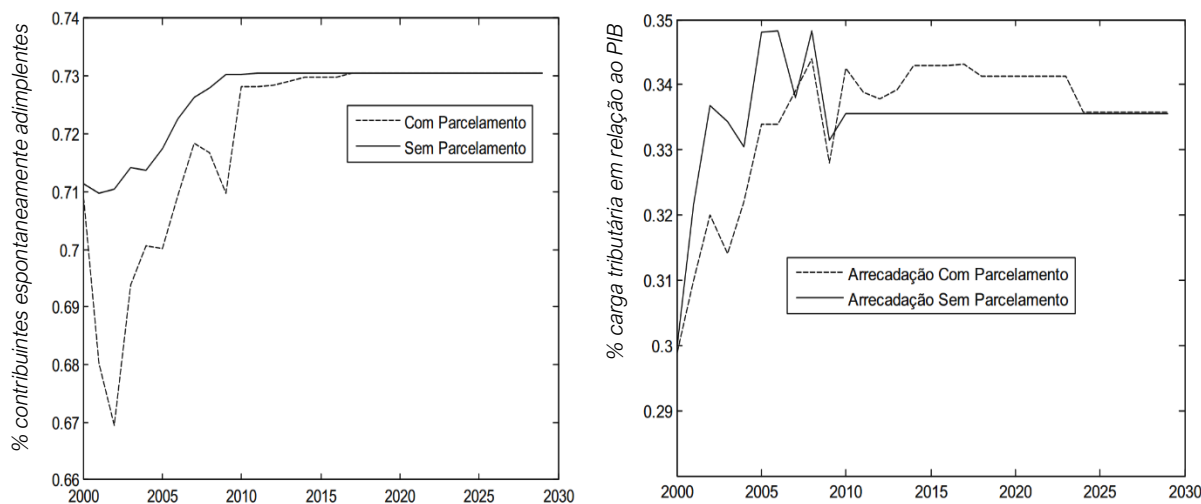
Em outro estudo, o mesmo autor reformula seu modelo para estimar os impactos do parcelamento não só no comportamento do contribuinte, mas também no resultado da arrecadação. Seu objetivo é testar a “conjectura” de que os parcelamentos são positivos não só pelo aumento de arrecadação de curto prazo, como, no médio prazo, pelo pagamento das parcelas. O modelo faz estimativas em um cenário ótimo, em que todos os parcelamentos serão pagos, e racional, em que o contribuinte só irá aderir ao parcelamento se o valor presente dos parcelamentos for inferior ao valor devido. Dentre os gráficos apresentados, destacam-se:

para o PAES migraram mais de 45.000 contribuintes, enquanto do PAES para o PAEX quase 60.000 inscritos, e de todos os anteriores para o REFIS-CRISE foram mais de 70.000. Segundo eles, somente 6% dos optantes pelo REFIS aproveitaram a oportunidade para liquidar o passivo fiscal. No PAES este percentual subiu para 30%, e no PAEX chegou a 40%. Para os autores, as condições ofertadas e os sucessivos parcelamentos reduzem substancialmente a possibilidade de sucesso na cobrança administrativa da RFB”. O trabalho citado é: MORAIS, C.; MACEDO L.; BORGES R. O Resultado Arrecadatário do REFIS, do PAES e do PAEX e seu Impacto na Sensação de Risco Subjetivo pelos Devedores. Monografia do Curso de Administração Tributária da Escola de Administração Fazendária – ESAF, 2011 [não acessível].

⁶³² Dentro das limitações inerentes à econometria, os modelos algébricos propostos pelo autor pressupõem que os contribuintes são firmas iguais, racionais e que visam maximizar os lucros. O modelo considera parâmetros comumente usados, que consideram salário, horas trabalhadas e estoque de capital; é “calibrado” com uma função que considera que quanto mais inadimplente, maior a chance de o contribuinte ser auditado, e que, a expectativa do contribuinte de um novo parcelamento é menor nos primeiros programas e maior nos últimos programas, dada a periodicidade que vai se consolidando. Usa, também, um modelo referencial em que a expectativa de parcelamento não existe, caso em que o modelo apontou se demonstrou compatível com a estimativa de outros estudos sobre a efetiva evasão fiscal, ao apontar um percentual “ótimo” de pagamento de tributos de 66% (ou seja, apenas 2/3 dos contribuintes pagam, em um cenário sem parcelamento). Cf. PAES, O parcelamento tributário e seus efeitos sobre o comportamento dos contribuintes, p. 348–352.

⁶³³ *Ibid.*, p. 361.

Gráfico 6 - Impacto dos parcelamentos tributários na arrecadação e no comportamento dos contribuintes (Brasil, projeção 2000-2030)



- - - simulação do comportamento dos contribuintes face a expectativa de futuro parcelamento (considera último parcelamento em 2014 e expectativas frustradas a partir de 2018)

— simulação de comportamento dos contribuintes face a possibilidade de fiscalização e penalização

- - - arrecadação apurada pela Receita Federal até 2009; a partir de 2010, projeta-se a arrecadação somada ao pagamento dos parcelamentos de 2000 a 2009

— projeção da arrecadação se não houvesse parcelamento até 2011; a partir de 2012, repete-se a projeção de 2011

Gráficos extraídos de: PAES, Nelson Leitão (2014)⁶³⁴
Explicações em itálico foram acrescentadas.

A partir dos resultados, o autor conclui que “as mudanças sobre as expectativas dos agentes também têm impacto direto nos resultados” e que os parcelamentos são um método “inadequado como forma de aumentar as receitas e prover os incentivos corretos aos contribuintes”, sendo mais desejável concentrar esforços na melhoria da eficiência na cobrança administrativa e judicial, o que teria efeitos de longo prazo mais positivos.⁶³⁵

⁶³⁴ Extraído e adaptado de: PAES, Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária, p. 337–332. Os gráficos, referidos na obra como “Gráfico 3” e “Gráfico 4”, foram reproduzidos fielmente. As adaptações consistem na reprodução lado a lado dos gráficos, com o objetivo de facilitar a visualização, e na introdução de legendas em itálico, baseadas no texto descritivo da formulação dos gráficos, no qual o modelo é explicado e demonstrado matematicamente. — Neste segundo estudo, estima ainda que a expectativa de que haverá um novo parcelamento diminui gradualmente, atingindo o máximo cinco anos depois do último parcelamento e, a partir de então, reduzindo até zero.

⁶³⁵ “As mudanças sobre as expectativas dos agentes também têm impacto direto nos resultados. Verifica-se que quanto menor a memória dos agentes, ou seja, menores as expectativas de parcelamento, a propensão a pagar

Com dados de até 2014, Frederico Faber e João Silva confirmam essas conclusões, ao estimar os efeitos do parcelamento no período anterior ao seu pedido (“*efeito expectativa*”) e no período posterior (“*efeito colateral*”), e demonstrar que “a expectativa para a abertura de um parcelamento e sua posterior adesão influenciam negativamente a arrecadação induzida”.⁶³⁶ Ou seja, o plano de parcelamento não tem efeito apenas nas dívidas presentes; pode ter **efeitos em comportamentos futuros** de outros contribuintes, gerando **novos ciclos de conflituosidade** tributária. Ademais, reforçando o **risco moral** contido nesses planos, os autores apuraram, a partir da base da Receita Federal, que os parcelamentos implicaram não só diminuição arrecadatária (em torno de R\$ 18,6 bilhões por ano), como que “o aumento do lucro ocorreu simultaneamente à queda na necessidade de caixa dessas empresas, o que pode sinalizar uma consequência provável para o capital economizado com o não pagamento imediato dos créditos tributários”.⁶³⁷

5.3.3. Direito comparado: “blanqueos” na Argentina e transações nos EUA

Em outros ordenamentos que também instituíram programas de transação com imunidades e perdões de responsabilidades fiscais, reportam-se efeitos comuns aos observados nos parcelamentos brasileiros, como a diminuição da espontaneidade no cumprimento da lei tributária.⁶³⁸ Para os fins aqui propostos, enquadram-se como “transação” quaisquer programas que pressuponham renúncia à prerrogativa de exigir pronto e integral atendimento de

tributos α se aproxima do seu valor sem parcelamentos. O mesmo ocorre com a arrecadação. Porém, quanto maior a expectativa de parcelamentos, menor tende a ser a propensão a pagar tributos, que se afasta ainda mais do α sem parcelamentos. A arrecadação sem parcelamentos diminui nos primeiros períodos, pela redução do α , e aumenta nos períodos subsequentes pelo maior volume de parcelamentos, mas com impacto líquido negativo em valor presente. Por fim, os efeitos dos parcelamentos sobre a propensão a pagar tributos e sobre a arrecadação tendem a ser maiores ou menores quanto mais tempo de memória dos parcelamentos têm os contribuintes. (...) Conclui-se que o mecanismo de parcelamentos tributários é inadequado como forma de aumentar as receitas e prover os incentivos corretos aos contribuintes. Muito mais desejável é que a Administração Tributária brasileira concentre seus esforços na modernização e melhoria dos seus sistemas de cobrança administrativos e judiciais”: *Ibid.*, p. 348–349.

⁶³⁶ FABER; SILVA, Parcelamentos tributários: análise de comportamento e impacto, p. 184.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 185.

⁶³⁸ BORGNE, Eric Le; BAER, Katherine, *Tax Amnesties: Theory, Trends, and Some Alternatives*, Washington, DC: International Monetary Fund, 2008, p. 5.

obrigações fiscais, sancionando o descumprimento, em troca do compromisso de fazê-las em condições diversas das originais.⁶³⁹

Na Argentina, esse tipo de programa foi implementado diversas vezes. Assumiram diferentes nomes (“*régimen de normalización de impuestos*”, “*régimen de regularización*”, programa de “*sincieramiento*”, ou seja, “de sinceridade”), mas são comumente chamados “*blanqueos*”, expressão cuja tradução é “lavagem de dinheiro” (um ilícito),⁶⁴⁰ mas que nesse contexto é usado (já denotando alguma censura moral) para se referir à política do próprio Estado em regularizar capitais em situação irregular. Entre os anos 1950 e 1990, houve uma dezena deles.⁶⁴¹ Desde a redemocratização em 1983, foram implementados por cinco dos nove presidentes da república (de diferentes espectros políticos) que lideraram o país, totalizando seis programas, que serviram de fonte arrecadatória em momentos de crise (nos quais se acentuavam remessas de divisas para o exterior, ante os riscos econômicos do país).⁶⁴²

O governo Kirchner lançou mão do expediente nos seus dois mandatos, instituindo não só programa de regularização de capitais, mas também de regularização de empregos informais (“*blanqueo laboral*”). Em 2017, o governo Macri fez a “Argentina realizar seu maior *blanqueo* de capitais e o maior do mundo (...) [o que] alguns celebram e outros lamentam”,⁶⁴³ em volume “que valia 20% do PIB, segundo dados oficiais da AFIP. O processo contribuiu com 148,6 bilhões na arrecadação”⁶⁴⁴ — o que mostra a **relevância sistêmica** do assunto, dado que a carga tributária argentina é estimada em 35% do PIB.⁶⁴⁵ Reporta-se que um dos motivos que levaram a esse resultado foi a reação dos contribuintes ao aumento do controle internacional de transações financeiras, incentivado pela OCDE e pela informatização do

⁶³⁹ Discutindo a natureza dos parcelamentos e posicionando-se ao lado de outros autores (Arnaldo Godoy e Hugo de Brito Machado) pelo entendimento de que se trata de “transação”: MENDONÇA, *Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias*, p. 151–153.

⁶⁴⁰ Cf. GALVEZ, José A., *Blanqueo*, in: *Diccionario Larousse*, São Paulo: Larousse, 2006.

⁶⁴¹ BORGNE; BAER, *Tax Amnesties*, p. 35.

⁶⁴² Cf. SMINK, Veronica, *Cómo logró Argentina realizar el mayor blanqueo de capitales de su historia y el más grande del mundo (y por qué algunos celebran y otros se lamentan)*, BBC News Mundo, 31 mar. 2017, disponível em: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-39437795>>. acesso em: 22 abr. 2021. A reportagem indica, com base em dados da OCDE, que a Argentina é o oitavo país do mundo em volume de capitais fora de sua terra.

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ LAFUENTE, Esteban, *Blanqueo de capitales. El trasfondo de una medida polémica que todos usan*, La Nación, 15 jul. 2020, disponível em: <<https://www.lanacion.com.ar/economia/blanqueo-capitales-de-alfonsin-macri-como-fueron-nid2397830/>>. acesso em: 23 abr. 2021.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

intercâmbio de dados fiscais⁶⁴⁶ — graças, portanto, ao endurecimento na aplicação da lei (*enforcement*). Em 2021, o governo Fernandez institucionalizou um *blanqueo* “focalizado” no setor de construção (*Resolución General* 4976/2021; *Ley* 27.613), de modo que os recursos, depositados em conta especial, só podem ser utilizados para investimentos imobiliários: o *blanqueo* virou política pública.

Segundo noticiários, a população é dividida quanto ao apoio a estes programas. Dentre as críticas mais comuns está, precisamente, a percepção de algumas pessoas de que a medida, ao mesmo tempo que regulariza algumas situações, gera incentivos para a prática de novas irregularidades. Um dos noticiários reportam essa percepção de seus entrevistados:

“Nesse sentido, houve muitos que consideraram que a sinceridade é, na realidade, uma ‘recompensa para quem fez o mal’ e que ter feito ‘a maior lavagem de dinheiro do mundo’ deveria envergonhar, mais do que orgulho, aos Argentinos.

‘É um recorde constrangedor para o nosso país, que deve ser também o que realiza mais *blanqueos* por década. A mensagem é clara: evite ao máximo que quando precisar lavar terá a lavagem em mãos’, apontou um usuário identificado como Ricardo Ares”.⁶⁴⁷ [destaques do original; tradução livre]

Pesquisas corroboraram essa percepção. Relatório de 2005 da *Administración Federal de Ingresos Públicos* (AFIP) já tinha detectado que, entre os programas oferecidos de 1995 a 2005, apenas 551 novos contribuintes se inscreveram: ou seja, as novas anistias pouco encorajaram a adesão de mais contribuintes e, ao final, acabaram usadas por um mesmo grupo de contribuintes que se reinscreviam para renovar seus benefícios moratórios.⁶⁴⁸ Outro estudo, de 2008, publicado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), concluiu que “há indicações de que a repetição do recurso às anistias fiscais levaram à **diminuição do cumprimento espontâneo** e à redução da sua eficácia ao longo do tempo” e que “a possibilidade de rolar a dívida teve, sem dúvidas, efeitos negativos na conformidade (“*compliance*”) dos

⁶⁴⁶ *Ibid.* e SMINK, *Cómo logró Argentina realizar el mayor blanqueo de capitales de su historia y el más grande del mundo*.

⁶⁴⁷ SMINK, *Cómo logró Argentina realizar el mayor blanqueo de capitales de su historia y el más grande del mundo*. Reportando a percepção do ex-Ministro da Economia do presidente Duhalde (que não implementou *blanqueo*), Roberto Lavagna: “a médio prazo, o impacto de um *blanqueo* de capitais é totalmente negativo”: CLARÍN, *El blanqueo de capitales, un rumor que ya levanta críticas y apoyos por igual*, Clarín, 24 fev. 2017, disponível em: <https://www.clarin.com/ediciones-antteriores/blanqueo-capitales-rumor-levanta-criticas-apoyos-igual_0_BJZZI0o0TYg.html>. acesso em: 23 abr. 2021.

⁶⁴⁸ SALIM, José A.; VASSALLO, Analía L., *Planes de Presentación Espontánea y Facilidades de Pago nacionales en Argentina Años 1995 a 2004*, [s.l.]: Administración Federal de Ingresos Públicos - AFIP, 2005, p. 6.

contribuintes”.⁶⁴⁹ Para este estudo, as anistias seriam “perda de tempo”, por interromperem processos administrativos ordinários, “e de recursos”, já que sua gestão em si é custosa, e, ao se renovarem, “afetaram negativamente a equidade e a justiça do sistema tributário”, pois não incentivaram inadimplentes a se tornarem adimplentes; ao contrário, ressaltaram os “benefícios potenciais do descumprimento ou da redução no pagamento de tributos, [estimulando que se continue] confiando em novas anistias, ou de descumprimento de longo prazo, em vista da revelada falta de forte capacidade administrativa [de fiscalização e aplicação da lei, *i.e.*, de *enforcement*]”.⁶⁵⁰

Outras perspectivas são acrescentadas a partir de estudo que se debruçou especificamente no impacto de anistias, entre 1978 e 1999, na província argentina de Tucumán. Nele não se detectou efeitos de longo prazo na arrecadação, mas mera antecipação, no curto prazo, do que já seria coletado no mesmo período, donde se concluiu que “anistias tributárias são apenas uma segunda melhor opção [*second-best tool*] e deveriam ser usadas apenas quando profundas reformas no sistema tributária não podem ser implementadas”.⁶⁵¹ Nota-se, em primeiro lugar, um típico exercício de BATNA (cf. 2.2.1.b) aplicado em larga escala: a anistia funciona, aqui, na verdade, como **alternativa à incapacidade estatal** de melhorar seu *enforcement*, ou seja, é ferramenta voltada mais à solução do macroconflito implícito no déficit de efetividade na aplicação da lei que à resolução da microcontrovérsia tributária em si. Em segundo lugar, nota-se que, conquanto nesse estudo não tenham aparecido prejuízos de longo prazo decorrentes da anistia, nele tampouco aparecem melhoras de longo prazo. O fato de haver deslocamento temporal da arrecadação (que é antecipada), aponta, todavia, que as opções de fazer ou deixar de fazer a anistia não são equivalentes, pois favorecem os caixas do governante presente em detrimento do caixa dos governantes futuros.

Aparece, então, uma nova perspectiva de **risco moral: o dos governantes que escolhem o método a empregar**, o que não necessariamente torna a escolha ilegítima (é possível que a medida se justifique, *e.g.*, em cenários de crise ou como ferramenta de transição

⁶⁴⁹ BORGNE; BAER, *Tax Amnesties*, p. 35–39.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 39.

⁶⁵¹ VILLALBA, Miguel A. SANCHEZ, On the effects of repeated tax amnesties, *Journal of Economics and Political Economy*, v. 4, n. 3, p. 285–301, 2017, p. 295. Nesse contexto, os autores afirmam que não surpreende que anistias sejam abundantes em países cuja burocracia tem baixa capacidade de *enforcement*, funcionando, por isso, como a uma “segunda melhor ferramenta” para a circunstância em que não se logra implementar a “primeira melhor ferramenta”, que é aumentar a efetividade burocrática do Estado.

entre regimes tributários⁶⁵²), mas confirma que esse juízo de adequação depende do sopesamento de efeitos sistêmicos, externos ao método, e de interpretações de natureza política, não exclusivamente jurídicas.

Nos EUA, há estudos que demonstram que, nessa análise, importa olhar para a frequência com que esses programas ocorrem. Pesquisa que comparou dados fiscais de todos os estados federados concluiu que “o efeito de oferecer anistias repetidamente é alterar o impacto arrecadatório da própria anistia”.⁶⁵³ Ao contrário do estudo de Tucumán, este detectou que o acréscimo arrecadatório de curto prazo resultou, sim, em perdas de longo prazo. Ao olhar separadamente para cada ciclo, constatou-se que “nem a segunda nem a terceira anistia produzem arrecadações significativas de curto prazo, mas criam significantes perdas de longo prazo que crescem a cada anistia”,⁶⁵⁴ o que não só denota que contribuintes diminuem sua conformidade tributária à medida que são confirmadas suas expectativas de renovação de anistias, como também pode explicar o resultado da pesquisa da província da Argentina, em que anistias são repetidas desde a década 1950.⁶⁵⁵ Transações que impliquem anistia, portanto, não seriam em si ruins, mas a forma como são empregadas pode ser perniciosa, *e.g.*, quando são previsíveis. De todo modo, confirmando a importância do olhar sistêmico, essa inferência aponta que o juízo de **adequação não depende apenas de características do método** a ser usado, mas também da **frequência** com que é usado.

Obviamente, tais impactos dependem não só do procedimento da transação (método), mas também do conteúdo do respectivo acordo (solução), combinação essa que faz surgir um espectro de consequências a serem consideradas (e *escolhidas*). Nesse sentido, vale

⁶⁵² “Uma anistia bem desenhada pode reverter esse declínio [na arrecadação]. Se os esforços de *enforcement* pós-anistia aumentarem, então o *compliance* agregado pode realmente aumentar. De fato, a conformidade pós-anistia é maior quando uma anistia é acompanhada de aumento de esforços de *enforcement* do que quando o *enforcement* aumenta sem uma anistia. Uma anistia pode, portanto, ser uma ferramenta efetiva para aliviar a transição para um regime tributário mais duro”: ALM, James; MCKEE, Michael; BECK, William, *Amazing grace: Tax amnesties and compliance*, *National tax journal*, v. 43, n. 1, p. 23–37, 1990. — No Brasil, essa constatação pode ser vista na desjudicialização de execuções fiscais concomitante ao redirecionamento da cobrança ao **protesto extrajudicial**, já que os “dados (...) sugerem que os casos desjudicializados não impactaram a arrecadação fiscal”: GRAMSTRUP *et al*, *Redução de executivos fiscais e os impactos arrecadatórios decorrentes do Regime Diferenciado de Cobrança de Crédito instituído pela PGFN*, p. 106.

⁶⁵³ LUITEL, Hari Sharan; SOBEL, Russell S., *The revenue impact of repeated tax amnesties*, *Public budgeting & finance*, v. 27, n. 3, p. 19–38, 2007, p. 21. A pesquisa apurou dados fiscais de 1980 a 2004 dos 50 estados dos EUA, dos quais 27 ofereceram anistia mais de uma vez no período.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 21.

⁶⁵⁵ Na Argentina, houve uma dúzia de anistias entre as décadas de 1950 e 1990, com periodicidade praticamente bianual entre 1977 e 1987. BORGNE; BAER, *Tax Amnesties*, p. 35.

notar que, ao contrário do plano estadual, não é da tradição do governo federal dos EUA a instituição de programas de pagamento intempestivo de tributos com anistia de sanções a quem voluntariamente se declare inadimplente,⁶⁵⁶ mas há um **programa permanente de acordos tributários**. Dentre eles, destaca-se a modalidade em que o contribuinte é o primeiro a fazer uma oferta de ajuste (*offer in compromise* - *OIC*) e a partir disso são feitas tratativas com o órgão de administração tributária (*Internal Revenue Service*), que firmará acordo, evitando que o caso siga para tratamento pelo órgão jurídico (*Department of Justice*), desde que haja (i) dúvida na concretização da arrecadação, (ii) dúvida na responsabilização, ou (iii) possibilidade de “promoção da efetividade da administração tributária” (caso em que a dúvida está na capacidade dos métodos tradicionais serem igualmente efetivos).⁶⁵⁷ Nessa lógica, não se criam expectativas de anistia geral incondicional, já que pressupõe elemento concreto de dúvida.

No Brasil, esse raciocínio foi assimilado em programas de transação tributária mais recentes, inspirados no *offer in compromise* dos EUA.⁶⁵⁸ A Lei 13.988/2020, por exemplo, admite proposta individual para quitação de créditos “classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação” (art. 11, I) e limita à “transação por adesão” os casos de “relevante e disseminada controvérsia jurídica”. Deixando expressa a preocupação com isonomia, veda “efeito que resulte (...) regime especial, diferenciado ou individual de tributação” (art. 20, III). Inicialmente, ao contrário dos EUA, a transação individual era restrita aos casos inscritos em dívida ativa, mas logo foi estendida para o “contencioso administrativo fiscal” (art. 10-A)⁶⁵⁹ — onde zonas de incerteza são maiores que na dívida ativa, que pressupõe liquidez e certeza (Lei 6.830, art. 3º).

A transação individualizada é, de fato, mais afeita a casos em que há elemento de dúvida (*e.g.* capitulação tributária do fato). Não por acaso, como visto, essa característica é

⁶⁵⁶ U.S.A., Congress, *Tax amnesty*, Washington, D.C: U.S. Congress, Joint Committee on Taxation, 1998.

⁶⁵⁷ U.S.A., internal Revenue Service, *Part 5. Collecting Process Chapter 8. Offer in Compromise Section 1. Overview*, Portal do Internal Revenue Service - IRS, disponível em: <https://www.irs.gov/irm/part5/irm_05-008-001>. acesso em: 3 nov. 2022.

⁶⁵⁸ Cf. BRASIL; MENDONÇA; GUEDES, *Exposição de Motivos Interministerial nº 00268/2019 ME AGU (à Medida Provisória nº 899/2019)*.

⁶⁵⁹ Apesar do seu impacto, a motivação dessa alteração pela Câmara dos Deputados foi simplesmente de que seria um “oportuno aperfeiçoamento”, o qual foi introduzido na Lei 14.375/2022, que não só converteu em lei a Medida Provisória nº 1.090/2021, como inovou o regime geral de transação tributária com medidas, nas palavras do parlamento, “pontuais”: BRASIL, Câmara dos Deputados; MOTTA, Hugo (Deputado), *Parecer de Plenário à Medida Provisória nº 1.090, de 30 de dezembro de 2021, pela Comissão Mista*, Brasília: Câmara dos Deputados, 2022, p. 20.

pressuposto dos *offer in compromise* dos EUA. Por definição, trata-se de casos em que os parâmetros objetivos existentes já se esgotaram, obrigando a Administração a tomar uma decisão (de conveniência e oportunidade) sobre o que prefere: (a) o risco de nada arrecadar para que não ter que ceder ou (b) ceder algo justamente para não arriscar. Tal ponderação é impraticável no plano abstrato do Legislador, já que casuística, bem como no controle do Judiciário, sob pena de substituir a subjetividade do administrador pela do juiz. Pode-se diminuir a discricionariedade com a padronização de diretrizes, de modo a aproximar casos semelhantes e evitar, quanto possível, quebras de isonomia. A razão-de-ser da individualização do acordo, contudo, é justamente a existência de elementos não-padronizáveis, de modo que será inescapável a escolha do **risco preferido**, ponto este em que a questão jurídica não mais será sobre o objeto da decisão, mas sobre a definição do sujeito **a quem cabe escolher o risco**. Por isso, a legitimidade da instituição competente para executar essa *política* não é matéria de menor importância para o Direito.

Casos em que são maiores as zonas de certeza (*e.g.* mero atraso) ou ao menos de incertezas recorrentes (*e.g.* capitulação de fato praticado por vários contribuintes) são, naturalmente, mais afeitos à padronização. Isso não exclui a possibilidade de acordo, apenas exige que os parâmetros acordados sejam uniformizados. Noutro passo em direção ao modelo dos EUA, que dá ampla autoridade à Administração para ponderar o “potencial arrecadatório razoável” de cada caso,⁶⁶⁰ a lei brasileira estabeleceu limites (*e.g.* de desconto e parcelamento e sobre o uso de critérios “preferencialmente objetivos”, pautados em temporalidade e capacidade contributiva, para a transação), mas delegou à PGFN a disciplina dos parâmetros de aferição do “grau de recuperabilidade das dívidas” (Lei 13.988/2020, art. 14, parágrafo único) — o chamado “*rating* de devedores”, que traduz verdadeira análise de risco moral. O *poder de escolher o risco preferido*, portanto, foi confiado a uma instituição familiarizada com as miudezas do conflito tributário, mas dotada da visão global da massa litigiosa e, sobretudo, capaz de perceber com mais agilidade que o legislativo eventuais efeitos indesejados ou mudanças que se mostrem necessárias nessa política. Não se trata, afinal, de simples aplicação mecânica da lei, mas de planejamento e operacionalização de uma política pública dinâmica.

⁶⁶⁰ Cf. U.S.A., *Part 5. Collecting Process Chapter 8. Offer in Compromise Section 1. Overview.*

5.4. CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

5.4.1. Indicativos de objetivos (interesses) públicos

Tributos decorrem da necessidade de que o Estado tenha moeda de troca para poder realizar suas atividades. Mesmo que extintas as figuras do dinheiro e do Estado, a sociedade ainda teria que organizar alguma forma de divisão do trabalho e dos escassos recursos disponíveis. Ao reter para si parte do crédito que alguns cidadãos têm contra outros, o Estado acumula não mero tesouro, mas parcela do próprio trabalho da população: eventual desperdício significará fazer com que o trabalho de alguém tenha sido em vão.⁶⁶¹ Por isso, é preciso cautela ao tratar o patrimônio estatal como “interesse meramente secundário”, pois, além de pressuposto para a satisfação dos objetivos sociais (“primários” ou quaisquer outros),⁶⁶² trata-se antes de uma contabilidade que redistribui recursos e o produto do trabalho dos cidadãos do que “mera” acumulação de capital.⁶⁶³ De todo modo, a noção comum de que o erário é dinheiro de todos e que dele dependem os serviços estatais já indica o interesse público na tributação.

A importância sistêmica da tributação não é novidade. Trata-se de tema elementar da ciência econômica, que reconhece o papel regulatório da tributação na estabilidade e no crescimento macroeconômico e, sob a lupa da microeconomia, estuda “como encontrar o **equilíbrio certo entre igualdade e eficiência**”.⁶⁶⁴ Engrenagem relevante do sistema, a política de solução de controvérsias tributárias deve atentar para esse contexto em que se insere, conforme demonstrado acima.

A eficiência, por definição um conceito que relativiza resultados em função do trabalho para obtê-los, exige que não se olhe apenas para o produto imediato da **arrecadação**:

⁶⁶¹ Sobre como “impostos influenciam a economia como um todo”, a ponto de ter sido um dos estopins da Revolução Americana, e sua capacidade de aumentar ou reduzir o bem-estar da população, neste caso constituindo um “peso morto” decorrente da “queda do excedente total que resulta quando um imposto (ou outra política) distorce um resultado de mercado”: MANKIWI, *Introdução à economia*, p. 147–151.

⁶⁶² Cf. crítica à interpretação brasileira sobre os interesses “secundários”, que diverge da interpretação original italiana que os trata em termos de impessoalidade e de escolha discricionárias da Administração: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública (2019)*, p. 156–159.

⁶⁶³ Comentando o papel natural do Estado como alocador de recursos e qualificando a tributação como uma das ferramentas principais com que, com o poder do monopólio da coerção, o Estado exercita essa alocação: ARROW, *Political and economic evaluation of social effects and externalities*, p. 18.

⁶⁶⁴ MANKIWI, *Introdução à economia*, p. 158. Destacou-se.

é preciso analisar também o esforço empregado para arrecadar. O custo da própria burocracia arrecadatória é, assim, um critério determinante nessa análise, na qual, porém, não se podem confundir a *independência de funções* das instituições envolvidas e a **comunhão do custo social** que delas decorre. O interesse público está, evidentemente, no seu resultado conjunto; não está, a princípio, no resultado individualizado de cada instituição (*e.g.* Administração Tributária, Tribunal de Contas, Poder Judiciário), cujas *autonomias orçamentárias* não quebram a sua *unidade orçamentária-fiscal* (CF, art. 165, §5º, I).⁶⁶⁵ Não se justificam perante o interesse público soluções que, sem olhar o resultado sistêmico, simplesmente desloquem o problema de lugar (de uma instituição a outra) ou no tempo (acelerando ou retardando arrecadação). Nesse sentido, como já mencionado, há uma falha nas análises que justificam a desjudicialização da cobrança tributária olhando tão-só para o aparato judiciário, sem considerar outras instituições envolvidas nesse processo e os efeitos da medida no resultado fiscal.

Efeitos secundários também podem impactar o resultado. Como visto, os (des)estímulos criados por uma dada medida (*e.g.* transações tributárias) podem reduzir a espontaneidade no pagamento de tributos e, ao desacreditar a força de cogência da norma tributária, criar ciclos perniciosos para a arrecadação, o que é prejudicial à **conformidade fiscal** de longo prazo. Por consequência, aumentam os esforços necessários para se manter o patamar de arrecadação e, portanto, a eficiência diminui. Por outro lado, há situações que podem justificar o uso da mesma medida, como, por exemplo, emergências diante das quais tais efeitos secundários sejam um mal menor do que suportar a carência orçamentária no curto prazo. O “interesse público” dependerá, assim, do objetivo que se tem em vista, razão pela qual é importante compreender que, nesse sentido, a **eficiência não é autorreferencial**.

A igualdade é um aspecto indissociável dessas questões. Coloca-se na solução de controvérsias tributárias, como de resto nas relações fiscais em geral, em razão da **isonomia** buscada na justa distribuição, entre os cidadãos, do ônus de manter o Estado (**distributividade**). Isso importa, em primeiro lugar, pois desigualdades implicam o **problema moral** decorrente da criação de um grupo privilegiado, verdadeiros *caronas* no usufruto da infraestrutura pública. À luz dos acima comentados *efeitos da folga social (social loafing effect)* e *do sentimento de*

⁶⁶⁵ Evidentemente, isso não exclui a possibilidade de se fazer análises sobre a eficiência de cada instituição, até mesmo para detectar onde estão as melhorias que podem trazer impactos mais positivos para o conjunto total.

bobo (*sucker effect*), bem como dos casos estudados, notou-se que soluções de controvérsias que deem margem a esses *riscos morais* podem estimular que outros contribuintes se comportem de forma a gerar mais conflitos, alimentando um ciclo vicioso que torna tal solução injustificável do ponto de vista sistêmico e, portanto, do interesse público.

Isso leva também, em segundo lugar, a um problema prático **concorrencial**, já que os agraciados com alívio fiscal têm injusta *vantagem competitiva* em relação aos que se cumprem as regras tributárias ordinariamente.⁶⁶⁶ Nota-se, assim, que o interesse público não se encontra apenas na relação entre Estado-contribuinte, mas na relação entre os próprios cidadãos,⁶⁶⁷ de modo que, na solução dessas controvérsias estatais, é preciso considerar o respectivo impacto gerado em terceiros, verdadeira **externalidade** da solução entre as partes controvertidas a quem não faz parte da relação.⁶⁶⁸

Finalmente, ainda associados à noção de isonomia, e também ao valor de liberdade típico nas relações que contrapõem o cidadão à autoridade do Estado (CF, art. 5º, *caput*), o **acesso à justiça** e o respeito ao **devido processo legal** — em especial as garantias individuais contra a injusta expropriação, a igualdade de oportunidades em se opor *e de se compor* com o Estado e o direito de que essa relação jurídica seja pautado por critérios razoáveis (cf. 1.1.2) — são, por óbvio, igualmente de interesse público (como diriam os italianos, de *interesse legítimo*, que apesar de individuais a todos importa – cf. 2.1.2.2). Nesse aspecto, o sopesamento com outros princípios constitucionais e legais (*e.g.* sigilo fiscal: CTN, art. 198;

⁶⁶⁶ Nesse sentido: BRESSER-PEREIRA, *Cidadania e res publica*. O autor comenta, ainda, que “[a]s vitórias em ações judiciais injustas ou indevidas contra o Estado, movidas por indivíduos privados e por funcionários, aqueles pedindo indenizações absurdas em função principalmente de desapropriações, ou livrando-se da cobrança de impostos, estes solicitando vantagens indevidas que acabam desequilibrando todo o sistema remuneratório público, violentam a *res publica*” (p. 169).

⁶⁶⁷ “É de conhecimento universal que as normas de isonomia presentes no sistema tributário brasileiro não dizem apenas sobre a relação Estado-contribuinte (individualizado), quando se aplica o critério da *isonomia* (art. 150, II, CF) como corolário do art. 5º, I; mas dispõem, também, sobre a relação firmada entre os próprios contribuintes, em face do mecanismo fiscal do Estado. Neste caso, a isonomia releva-se sob a forma da *generalidade*, que veda toda e qualquer forma de discriminação ou de concessão de privilégios (art. 150, II, CF), pelo qual devem, todos os cidadãos, submeter-se ao poder de tributar do Estado, pagando tributos na medida da capacidade econômica que demonstre possuir”: TORRES, Heleno Taveira, *Comentário ao artigo 145*, in: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al* (Orgs.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1596.

⁶⁶⁸ Toma-se aqui a perspectiva de que o cidadão prejudicado pela solução entre outro contribuinte e o Estado é um terceiro. Embora ambos sejam “sócios” na pessoa jurídica estatal, sabe-se, pela já citada teoria das instituições, que tais relações não se confundem. — O conceito de externalidade como aquilo que provoca efeitos em quem não é parte da transação é: ARROW, *Political and economic evaluation of social effects and externalities*, p. 25 (comentário de Sidney Alexander).

CF, art. 5º, X e art. 145, §1º) pode ser necessário para nortear o interesse público no adequado desenho da solução da disputa.

Embora esse âmbito já ordinariamente tratado nos manuais de direito tributário e processual tributário não seja o foco desta tese, sua perspectiva micro, matéria-prima do macro-universo fiscal, é relevante para lembrar que as preocupações sistêmicas não são alienadas do olhar individualizado. Ao contrário, são complementares. Nesse sentido, ao se pensar em alternativas para o tratamento dessas controvérsias, é preciso ponderar não só se a alteração otimizará a atividade arrecadatória do Estado, mas também se estarão mantidos os interesses individuais constitucionalmente tutelados, e, já sob lupa política, até mesmo se o eventual arroxos da atividade dos particulares produzirá efeitos sociais desejados. Assim, tal perspectiva micro também é delimitadora do universo de *soluções possíveis* e das *alternativas adequadas* de métodos para o tratamento da controvérsia em questão.

No cenário apresentado, portanto, é possível tatear alguns elementos que se precipitam com mais densidade no nebuloso universo do interesse público. Dentre eles, pode-se destacar, sob ponto de vista jurídico, os relevos dados à (a) *legalidade* pelos deveres de conformidade fiscal dos contribuintes conjugados à garantia de que o respectivo *enforcement* respeitará um processo devido, (b) à *impessoalidade* pela necessidade de distribuir equitativamente o custo social do Estado, no que se inclui a igualdade de oportunidades para se opor ou compor controvérsias tributárias, sem criar vantagens comparativas injustificadas, (c) à *moralidade* em vista das possíveis decisões enviesadas do Poder Público e de condutas oportunistas dos contribuintes (riscos-morais), (d) à *publicidade* das informações capazes de gerar ciclos viciosos ou virtuosos a partir da expectativa dos contribuintes, e (e) à *eficiência* cujo análise de custo/benefício não estará completa se não consideradas as externalidades eventualmente criadas pelos próprios métodos de solução escolhidos. Informações empíricas ajudam a tornar esses contornos ainda mais claros, sem prejuízo, contudo, da necessidade de que, na ausência de critérios objetivos, sejam tomadas decisões *políticas* para calibrar o mencionado equilíbrio entre igualdade e eficiência.

5.4.2. Comparações e indicativos de “adequação”

Antes que a análise de adequação de alternativas, a cobrança tributária ilustra a questão preliminar sobre a necessidade de se conceber que uma controvérsia pode ser resolvida por mais de uma via. A irrenunciabilidade/garantia do *direito material* comunicaria, por imperativo de legalidade, a **irrenunciabilidade/garantia do processo** de cobrança.⁶⁶⁹ Todavia, essa lógica perde consistência quando a efetividade jurisdicional e a eficiência administrativa são abraçadas pelo Direito. Ne medida em que a execução fiscal se mostra inapta a atender a esses quesitos, dissolve-se a própria justificativa *jurídica* para sustentar a obrigatoriedade dessa via.

Isso não quer dizer, porém, que as inspirações jurídicas que a arquitetaram sejam igualmente dissolvidas. Por isso, na busca de alternativas, é importante estarem claros os valores normativos que qualificarão os instrumentos sob escrutínio como “adequados”. Nesse sentido, nota-se, ao menos no universo aqui estudado, que os métodos empregados foram escolhidos visando, além do genérico objetivo de promoção de justiça e pacificação, a qualidades específicas nas quais se vislumbraram potencial de imprimir, nos casos concretos, (i) celeridade, (ii) eficiência (produtividade), (iii) coercitividade (*enforcement*), (iii) isonomia/homogeneidade de decisões, e (iv) ampla defesa (face à autoridade do Estado), bem como (v) aptidão para auxiliar na composição de efeitos sistêmicos, que merecem considerações à parte.

A **celeridade** da solução está vinculada, em primeiro lugar, à necessidade de evitar que o fim da lide seja o perecimento do direito (especialmente pela prescrição intercorrente), o que, como visto, ocorreu em 1/4 das execuções fiscais federais em 2009,⁶⁷⁰ o que denotaria que, sob esse aspecto, a execução fiscal seria uma via menos adequada que outras que não levassem a igual fim. Outras necessidades, como a de antecipar fluxos orçamentários

⁶⁶⁹ Cf. Excerto de ementa de acórdão do TRF-3 (4ª Turma, Apelação Cível nº 2000.03.99.0274327/SP, Relator Fábio Prieto de Souza, j. 13 set. 2006, DJU 29 nov. 2006, p. 267): “(...) 2. ‘O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas’ (art. 569, do CPC). 3. Não é o caso da execução fiscal. Trata-se de instrumento processual de cobrança da dívida ativa, tributária ou não, da Fazenda Pública. A indisponibilidade do direito ao crédito fiscal informa o princípio da oficialidade. 4. A negligência e o abandono da execução fiscal, pelo representante judicial do Poder Público, seriam meios irregulares de tornar disponível o que, regularmente, não o é. 5. É vedado ao juízo decretar, de ofício, a extinção da execução fiscal”.

⁶⁷⁰ Em 2021, a prescrição foi arguida em 51% das execuções fiscais no país: BRASIL, *Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro : relatório final de pesquisa*, p. 137.

em momentos de crise (*e.g.* por meio de transação), podem fazer com que a celeridade ganhe específica relevância como critério de desempate na escolha de entre alternativas.

Adicionalmente, visando não aos casos individualmente considerados, mas ao macro-problema do congestionamento judiciário, tem-se o fato de que a morosidade processual subtrai a capacidade dos tribunais em dar vazão e efetividade aos seus julgamentos, de modo que, sob ponto de vista da funcionalidade do *sistema multiportas*, percebe-se que uma dada alternativa (*e.g.* execução fiscal) pode ter capacidade limitada tal que, uma vez esgotada, passa a depender da *coexistência* de outras (*e.g.* que a suportem como válvula de escape para seu congestionamento, cujos níveis não podem ultrapassar o ponto em que o método seja **contraproducente** em relação a seus objetivos).

Neste ponto, vale lembrar a importância de diferenciar método e solução. A transação tributária, por exemplo, é um instrumento inútil (como o art. 171 do CTN até a Lei nº 13.988/2020) se não houver lei autorizando os termos do seu objeto e *atribuindo poderes* a alguém para firmá-la. Não se pode afirmar, assim, que eventual desafogamento judiciário decorrente dessas transações se dê porque a transação é uma *forma* mais *adequada*, mas, antes, porque veicula uma *solução* que se tornou *possível*. basta à programação da *política* em questão, portanto, olhar apenas para o aspecto formal controversa; a depender das metas visadas, é preciso ajustar não só a ferramenta, mas também a matéria-prima (*e.g.* diferenciar a capacidade de solvência dos contribuintes e eleger hipóteses merecedoras de favores⁶⁷¹ que fomentem a recuperação econômica e regularização fiscal⁶⁷²).

A **coercitividade**, a seu turno, também está ligada às limitações inerentes às ferramentas de solução de conflitos, uma vez que suas falhas de eficiência podem ser tornar

⁶⁷¹ Constatando que “firmas com acordos relativamente favoráveis subsequentemente aumentaram sua evasão fiscal, mas firmas com acordos relativamente desfavoráveis não mudaram seu comportamento. A implicação é que acordos favoráveis informam fraqueza da autoridade tributária aos gestores” Cf. FINLEY, Andrew R., The impact of large tax settlement favorability on firms’ subsequent tax avoidance, *Review of Accounting Studies*, v. 24, n. 1, p. 156–187, 2019, p. 158. Tal estudo se baseou em universo amostral de acordos classificados como “grandes” (em valor) e na constatação de que “empresas com acordos relativamente favoráveis têm taxas de imposto efetivas 6,2% mais baixas no ano seguinte ao acordo”.

⁶⁷² Colocando em dúvida a capacidade de recuperação econômica de empresas a partir do parcelamento fiscal, ver: BORGES, Sabrina Rafaela Pereira; RECH, Ilírio José, *A falácia dos parcelamentos fiscais para a solvência corporativa*, Foz do Iguaçu: Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, 2020. Tais autores compararam a saúde financeira, antes e depois do parcelamento, de 140 companhias abertas que aderiram ao PERT, de 2017. Apuraram que empresas que já estavam em nível crítico de insolvência se encontravam, depois, em situação ainda pior, colocando em dúvida a eficiência do sistema para recuperação de empresas em real dificuldade financeira.

espaços de tolerância ao descumprimento de normas, incentivando comportamentos indesejados (*e.g.* litigância frívola para postergar pagamento do tributo). Antes de se mudar o método, contudo, é preciso verificar se as falhas da alternativa não são ainda mais graves (*e.g.* programas que permitem renegociações ilimitadas, subtraindo a cogência da obrigação tributária) ou se há desenhos que as atenuem (*e.g.* programas de transação que limitam as renegociações e classificam devedores por *rating*, reduzindo os riscos morais).

A **isonomia**, por sua vez, se coloca não só como um valor jurídico que impõe equânime tratamento entre cidadãos, com fundamento na impessoalidade administrativa (ausência de favorecimentos) e na distributividade social dos custos da máquina estatal, como deriva também da necessidade de evitar prejuízos (que igualmente estão sob tutela do Direito) àqueles indivíduos cujo respeito à lei (e à interpretação oficial da lei) possa (de modo paradoxal e disfuncional) implicar-lhes *desvantagem competitiva*. A possibilidade de conferir tratamento uniforme à aplicação da lei tributária é, por isso, um requisito importante nos métodos a serem escolhidos, o que pesa a favor da solução judiciária, cujos tribunais têm função de **homogeneização** na aplicação do Direito. Embora isso não exclua, *a priori*, outros métodos como a transação, impõe-lhes desenhos que relevem parametrização das decisões (*e.g.* alçadas de transação, pré-determinação das hipóteses em que é admitida).

Pela mesma razão, exceto em casos de zonas cinzentas, desprovidas de critérios objetivos unificáveis, cuja prévia decisão *política* justifique *assumir o risco da desigualdade*, métodos sem controle de homogeneização, como transação com livre barganha e a arbitragem tal como concebida pela Lei nº 9.307/1996, não se mostram adequadas para cumprir esse requisito.

A escolha de forma, conforme inicialmente concebido a partir da ideia de que o processo executivo fiscal era uma *garantia a todos* os contribuintes, é também um aspecto de tutela da isonomia, ao assegurar iguais oportunidades de contraditório e **ampla defesa** face a sanha arrecadatória do Estado. O ponto de relevância, porém, é a tutela contra eventual abuso do império estatal — isto é, arbitrariedade, ausência de racionalidade e desvio às finalidades públicas (de defesa de direitos individuais inclusive) na tomada de decisão estatal —, não a tutela do escudo em si. Esse aspecto é especialmente relevante quando se consideram alternativas além da execução fiscal e da transação tributária, como a execução extrajudicial, análise essa que dá início a outros debates que extrapolam os limites da presente tese, mas cuja percepção é importante para lembrar que o juízo de adequação é sobretudo um exercício de

comparação de características que se mostrem (mais) aptas a concretizar objetivos determinados.

5.4.3. À guisa de conclusão: impactos sistêmicos na análise de adequação

À vista do exposto, tem-se que a política de solução de conflitos em cobranças tributárias é pautada por objetivos de interesse público que, não diferentemente do direito tributário em geral, estão relacionados ao “equilíbrio entre igualdade e eficiência”. Para tanto, estão à disposição instrumentos calibrados de modos variados em aspectos de celeridade, eficiência, coercitividade, isonomia/homogeneidade de decisões, e ampla defesa face à autoridade do Estado.

Mais uma vez, os limites que a realidade impõe exigem parcimônia. Se a alfândega vistoriasse rigorosamente todos os itens da bagagem de cada passageiro que desembarcar no país, o provável congestionamento dos portos não só provocaria prejuízos à liberdade de ir e vir (o que seria bastante para um juízo do *mal maior*), como talvez diminuiria o ingresso de turistas (e respectivo fomento à economia local) e a própria utilidade fiscal da autoridade alfandegária, ocupada que estaria em garantir isonomia a despeito do preço socioeconômico dessa medida. É do interesse de todos que sejam adotadas alternativas, como o (*impessoal*, embora não integralmente isonômico) sorteio para vistoria, ainda que resultem em procedimentos diversos para parte dos interessados.

Essa ordem de preocupação foi expressa pelo STF ao julgar a constitucionalidade do uso do protesto extrajudicial na cobrança da dívida ativa. De um lado, a corte externou que riscos à isonomia e à distributividade são limitadores jurídicos do desenho da política de solução de controvérsia, razão por que colocou condicionantes à medida.⁶⁷³ De

⁶⁷³ STF, Pleno, ADI 5135, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 6 fev. 2018. Da ementa do acórdão, se extrai as seguintes contraposições ao entendimento de irrenunciabilidade ao processo executivo fiscal: “(i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc) (...) A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus

outro, cedeu ante os fatos de que tal medida “estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal” e seria “mais eficiente” que o executivo fiscal “que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação de créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário”.⁶⁷⁴ O fundamento *jurídico* prevalescente foi a concreta *efetividade* da alternativa, em *comparação* com outras, sob o ponto de vista de seus *efeitos sistêmicos*.

Essa percepção vai ao encontro daquilo aqui estudado em relação à execução fiscal e à transação tributária, no sentido de que as repercussões das formas de solução de disputas que envolvem o Estado constituem parâmetro indispensável na sua análise de adequação.

Em linhas gerais, para a Administração Pública, os efeitos contraproducentes da judicialização de execuções fiscais além das capacidades judiciárias não são mera externalidade da sua atuação processual, pois ela própria sofre as respectivas consequências. Do ponto de vista federativo, isso é ainda mais verdadeiro para as Fazendas estaduais e federal, que guardam unidade orçamentária com a própria estrutura judiciária na qual litigam, do que para conselhos profissionais e para as Fazendas municipais, que não internalizam tal custo em seus orçamentos. Não obstante, considerando-os como “Poder Público” em seu conjunto, ligados por objetivos constitucionais comuns, deve-se considerar como obrigação de todos eles que o uso da máquina judiciária seja racional em termos de custo/benefício para a sociedade como um todo.

Isso ficou ainda mais claro com relação à transação tributária. Enquanto, para o contribuinte, as falhas sistêmicas nessa via não passam de externalidades (*e.g.* socialização dos custos dos que postergam pagamento e desincentivos à tempestiva conformidade tributária), para o Estado, trata-se de prejuízo diretamente absorvido, de modo que tais repercussões socioeconômicas devem ser consideradas fator decisivo no juízo de adequação dessa modalidade. Como visto, isso não quer dizer que a transação deva ser descartada, mas que os *conflitos* a que é destinada, as *soluções* a serem transacionadas e a *metodologia* a ser empregada (*e.g.* programa permanente *vs.* transações periódicas) devem ser pensados de modo a evitar aquelas externalidades.

benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo”.

⁶⁷⁴ *Ibidem*.

Verifica-se, portanto, que a “adequação” da política de solução dessa disputa não pode ser juízo baseado nos casos individualmente considerados. É possível que a repercussão desses casos afete mais os resultados da administração pública do que a solução que foi dada a cada um deles. Eventual redução do número de casos judicializados graças à transação não é, em si, um indicador positivo. É preciso olhar para o contexto em que estão inseridos para aferir se o uso sistemático do método eleito é, de fato, realizador dos *objetivos de interesse público eleitos politicamente dentro das balizas constitucionais*.

Pelo mesmo motivo, é preciso estar atento ao fato de que certos métodos de solução de conflitos oferecem riscos morais não só do ponto de vista dos contribuintes, mas também das autoridades que os escolhem. Como visto, não foi o abstrato debate da lógica jurídica, mas o concreto incômodo com a inefetividade e o congestionamento das execuções fiscais que fez aquela concepção legalista fosse revisitada para que fossem admitidas novas formas de quitação da obrigação tributária, especialmente as que promovessem alívio do congestionamento judiciário ou antecipação de receitas orçamentárias.⁶⁷⁵ Isso acende o alerta sobre possíveis vieses na escolha de alternativas (*risco moral* do próprio Poder Judiciário em reduzir seu acervo⁶⁷⁶) em detrimentos de valores jurídicos de interesse geral e faz lembrar, finalmente, a importância da escolha institucional sobre *quem decide quem decide*.

⁶⁷⁵ Por todos: SOUZA; SILVA, Quem usa execução fiscal no Brasil?

⁶⁷⁶ Sobre o declarado objetivo de reduzir o “excesso” de demandas judicializadas e o papel do Poder Judiciário como ator na escolha desses métodos: TAKAHASHI, *Jurisdição e litigiosidade*, p. 243.

TABELA 1 - IDEIAS-CHAVE NA ANÁLISE DA POLÍTICA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA COBRANÇA TRIBUTÁRIA

(cenário de dívida ativa de mérito não questionado; perspectiva da Fazenda credora)

	perfil do conflito	horizontes de solução	alternativas de método
objetos / objetivos	<p>Posições: dívida ativa vs. crédito tributário (<i>poder-dever de polícia</i>)</p> <p>Interesses: política fiscal (arrecadação imediata e reafirmação simbólica para o futuro) vs. regularidade fiscal do cidadão</p>	<p>Zona de certeza: exequibilidade do crédito tributário</p> <p>Zona de incerteza: economicidade da cobrança (probabilidade de sucesso atual e futuro vs. custos)</p>	<p>Padrão: foco na reafirmação simbólica da cogência da norma, na execução fiscal</p> <p>Alternativa: foco na economicidade, na transação (atenção p/ diferentes efeitos se programa permanente, surpresa ou de periodicidade previsível)</p>
sujeitos / instituições	<p>Micro: contribuinte vs. Estado-fisco</p> <p>Macro: público geral interessado nas necessidades de custeio atual e futuro da Administração; precedente individual interfere nas expectativas de outros contribuintes</p>	<p>Competências: “Fisco” tende à <i>autotutela</i>; após, Adv. Pública deflagra <i>heterocomposição</i></p> <p>Capacidades institucionais: em regra, restritas ao necessário para a prática de atos vinculados (hoje em expansão para análises de inteligência)</p>	<p>Padrão: atores da Adm. são direcionados à <i>adjudicação</i> administrativa ou judiciária</p> <p>Alternativa: atores da Adm. podem ser autorizados pelo Legislativo a realizar <i>autocomposição</i> em certos casos (há métodos que não garantem uniformização: <i>e.g.</i> arbitragem)</p>
formas/ procedimentos	<p>Conflito estruturado: exercício da potestade fiscal vs. sujeição do contribuinte</p> <p>Estruturas alternativas: <i>e.g.</i> oferta parcelamento vs. confissão para parcelar (em geral, lei não admite formas desestruturadas para expressão do conflito)</p>	<p>Em geral, decisões são determinadas por lei (nacional e local) e materializadas a partir de <i>atos</i> vinculados; mesmo <i>negócios</i> jurídicos são, em regra, de conteúdo pré-determinado (<i>transação por adesão</i>); sempre mediante <i>processo</i> administrativo</p>	<p>Padrão: conduta típica é a notificação seguida de expropriação pelo processo judicial (hoje mais aberto ao negócio processual)</p> <p>Alternativa: condutas fazendárias ainda tipificadas, em lei ou regulamento, na transação por adesão</p>
impactos / alternativas	<p>→ <i>interesses</i> públicos (isonomia e economicidade) são ocultados a depender das <i>posições</i></p> <p>→ estruturas alternativas implicam <i>escolher</i> diferentes níveis de risco moral dos contribuintes <i>e dos mandatários</i> (arrecadação atual vs. futura)</p>	<p>→ em geral, novas soluções dependem de novas competências legais</p> <p>→ celeridade de certos modos de parcelamentos podem ter efeitos oportunistas, de <i>sucker effect</i> e de diminuição de arrecadação futura como “custo” colateral (já alternativas como protesto podem ter “custo” de arroxos socio-fiscal)</p>	<p>→ ajuizamentos têm “volume ótimo”, após, tornam-se anti-econômicos; alternativas (transação por adesão) não de focar, logicamente, casos menos frutíferos em juízo</p> <p>→ retirada de um método precisa de compensações de outro, para não desacreditar cogência tributária (força simbólica e de efetividade de todo sistema)</p>

Elaboração própria.

5. POLÍTICAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE PRESTAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Neste capítulo, busca-se um recorte que permita estudar controvérsias cujo objeto envolva prestações estatais e, sob ângulo subjetivo, tenha alcance transindividual. Para tanto, foi selecionado o caso da prestação pública de fornecimento de medicamentos,⁶⁷⁷ os quais, embora usufruídos individualmente, são prestados pela Administração Pública brasileira em caráter universal. Tal escolha se justifica pela existência de pesquisas empíricas pré-existentes nas quais se pode inferir impactos sistêmicos decorrentes da política de solução de controvérsias,⁶⁷⁸ bem como porque a matéria evidencia como a alternância de métodos processuais podem ter repercussões que ultrapassam o tratamento de casos individualmente considerados.

⁶⁷⁷ Adverte-se, desde logo, que as análises a seguir focam a litigância envolvida e repercussão na respectiva política pública, não se tratando de juízo sobre o acerto ou erro de decisões judiciais ou administrativas nessa seara.

⁶⁷⁸ Destacam-se: BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, *Estatísticas processuais de direito à saúde*, Painel da Judicialização da Saúde, disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/datajud/painel-saude>>. acesso em: 15 nov. 2022; BRASIL, Conselho Nacional de Justiça; INSPER, Instituto de Ensino e Pesquisa, *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*, Brasília: CNJ/INSPER, 2019; BRASIL, Tribunal de Contas da União, *Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde*, Portal TCU, publicado em 16 ago. 2017, disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>>. acesso em: 8 fev. 2021; ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, *Judicialização da Saúde: Fornecimento de medicamentos pelo Poder Público*, São Paulo: Centro de Apoio ao Direito Público - CADIP, 2022; ESTADO DE SÃO PAULO, Secretaria da Saúde; SANTOS, Renata Gomes Dos, *Judicialização da Saúde: panorama estadual público - propostas*, Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, apresentação de maio 2018, disponível em: <<http://www.cremesp.org.br>>. acesso em: 26 abr. 2021; SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de, *Judicialização em saúde no Estado de São Paulo*, Brasília: CONASS - Conselho Nacional de Secretarias de Saúde, 2015; WANG *et al*, Health technology assessment and judicial deference to priority-setting decisions in healthcare; WANG, Daniel Wei Liang; VASCONCELOS, Natália Pires de, O impacto institucional da judicialização da saúde pública no Brasil, *Revista do Advogado*, v. 146: Direito da Saúde, p. 110–118, 2020; WANG, Daniel Wei L., Right to Health Litigation in Brazil: The Problem and the Institutional Responses, *Human Rights Law Review*, p. 617–641, 2015; WANG, Daniel Wei L. *et al*, Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa, *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 5, p. 1191–1206, 2014; GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*, *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*, São Paulo: FGV Direito SP, 2014; WANG, Daniel W. L., Courts and health care rationing: the case of the Brazilian Federal Supreme Court, *Health Economics, Policy and Law*, v. 8, n. 1, p. 75–93, 2013.

Conforme se verá, esse típico direito fundamental de segunda geração,⁶⁷⁹ do pós-guerras, embora um grupo já quase centenário, ainda experimenta com acertos e erros como se concretizar com os instrumentos jurídicos disponíveis, frequentemente ainda mais antigos. Nesse sentido, esse grupo mescla caracteres transindividuais e individuais homogêneos de tal modo que, conquanto sua concretização dependa tanto do império regulatório e policial (*e.g.* fiscalização ambiental, intervenção urbana) como de atos de gestão (*e.g.* construção de creches e hospitais), vale ser estudado à parte. Sem prejuízo, neste estudo que se propõe a dar um olhar sistêmico para as ações estatais, não se ignoram os efeitos regulatórios e pressupostos orçamentário-burocráticos implicados na solução da controvérsia selecionada. Ao contrário, é de interesse justamente o fato de que tais perspectivas têm suas nuances ressaltadas ou suprimidas a depender do processo desenhado.

5.1. CONFLITOS NA PRESTAÇÃO PÚBLICA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Nos termos da Constituição brasileira (art. 198), a política pública de saúde é um conjunto de “ações e serviços” de “relevância pública”, executados por entes públicos e privados, em uma “rede regionalizada e hierarquizada” que “constituem um sistema único”, sob diretrizes de descentralização e participação comunitária, visando à democratização da saúde e ao atendimento integral, universal, igualitário e gratuito, segundo o ideal de que a saúde é elemento básico da dignidade humana e por isso deve ser incondicionalmente garantida a todos.⁶⁸⁰ A esse “Sistema Único de Saúde” (SUS) compete (art. 200), entre outras atribuições, a regulação e a fiscalização de substâncias e atividades sanitárias (*ius imperii*), como a formulação e a execução da política pública sanitária e até mesmo a participação na produção de medicamentos e insumos de saúde (*ius gestionis*).

⁶⁷⁹ Embora se possa visualizar uma predominância dos chamados direitos de “segunda geração”, vinculados à promoção da igualdade social, englobam também direitos ditos de “terceira geração”, vinculados à tutela de interesses transindividuais e transgeracionais, como o meio ambiente, e até mesmo de direitos tidos por alguns autores como gerações posteriores, como os vinculados ao seguro desenvolvimento da tecnologia e da inovação. Cf.: BOBBIO, *A era dos direitos*, p. 7–11.

⁶⁸⁰ Essa política foi antecedida por décadas de debates, como os ocorridos nas Conferências Nacionais de Saúde (CNS), em torno da chamada “Reforma Sanitária”, que acompanhou o movimento de redemocratização do Brasil, culminando na instituição do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição “Cidadã” de 1988, regulamentada pela Lei 8.080/1990: PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio, Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores, *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v. 21, n. 1, p. 15–36, 2014.

Regulamentando a matéria, a Lei nº 8.080/1990 prevê que a “assistência terapêutica integral” inclui a “dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico” (art. 19-M) ou, na falta de protocolo ou diretrizes, com base em “relações de medicamentos instituídas pelos gestores” públicos federais, estaduais ou municipais (art. 19-P). Portanto, cria à Administração Pública não só a *obrigação de fazer* a regulação e gestão de medicamentos, como verdadeira *obrigação de dar coisa certa*, sujeita (a princípio) à reivindicação individual pelos cidadãos.⁶⁸¹ Na medida em que são obrigações distinguíveis, as controvérsias a seu respeito acabam também cindidas, apesar de serem, por vezes, indissociáveis (a “coisa certa”, no caso o medicamento, depende da respectiva regulação),

5.1.1. Macro-perspectiva na prestação pública de fornecer medicamentos

A primeira faceta do conflito, que diz respeito a eventuais erros ou omissões da Administração na sua obrigação de fazer a regulação ou a gestão das drogas a serem dispensadas, tem um caráter transindividual e, sobretudo quanto à questão regulatória, indivisível, já que as relações de medicamentos se aplicam, *erga omnes*, a qualquer um que, no presente ou no futuro, deles precise.

Como é próprio das delegações do legislador à regulamentação administrativa, é esperado que critérios técnicos sejam aplicados. Ademais, como é próprio das prestações estatais, é necessário que recursos humanos e materiais sejam organizados para a execução dessa tarefa. Por isso, ao abordar o tema, o constituinte originário não se limitou a afirmar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, mas prosseguiu dizendo que isso é “garantido *mediante políticas sociais e econômicas*” (art. 196).⁶⁸²

⁶⁸¹ A semelhança com obrigações consumeristas não é acaso, já que as prestações exigidas do Estado, na atualidade, têm o aproximado da figura de um “fornecedor” de produtos e serviços ao “cidadão-consumidor”. A propósito: ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Direito dos Serviços Públicos*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 102; TASCHNER, Gisela, *Cultura do consumo, cidadania e movimentos sociais, Ciências Sociais Unisinos*, v. 46, n. 1, p. 47–52, 2010.

⁶⁸² CF, Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. — “Veja-se que o artigo 196 da Constituição Federal

O dispositivo toca no cruel fato de que a saúde humana depende de recursos escassos e que a sua alocação implica escolhas, prioritizações, renúncias (*custos de oportunidade*, portanto). A perspectiva da *economia* (= “como a sociedade administra seus recursos escassos”⁶⁸³) é inevitável. Como não poderia deixar de ser em um Estado cujo objetivo é “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”, “reduzir as desigualdades sociais” e “promover o bem de todos” (CF, art. 3º), essa alocação deve ter olhar social. Tratando-se de *escolhas públicas* na alocação de recursos — realizadas em uma complexa rede que sobrepõe competências federais, estaduais e municipais — constituem a *política pública* em questão.

No atual estado da arte, é lugar comum a percepção de que seria razoável que as controvérsias em torno dessa política assumissem formato coletivo, seja no planejamento e na execução da política pública pela Administração, seja no controle judicial das respectivas decisões administrativas. No Brasil, no entanto, demandas coletivas têm representado uma reduzida parcela (de 3 a 4%) do universo de litígios sobre saúde,⁶⁸⁴ o que chama atenção para a existência de uma “distorção das relações entre micro e macro justiças” na matéria.⁶⁸⁵

Nesse cenário, as formas processualmente disponíveis para que essas controvérsias se exteriorizem se mostram, por vezes, *inadequadas* para refletir com fidelidade a extensão dos interesses em conflitos. Há quem qualifique algumas dessas demandas como *pseudoindividuais*, pois fundadas em relação plurisubjetiva indivisível embora ajuizadas

associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos. Esse primeiro parâmetro decorre também de um argumento democrático. (...)”: BARROSO, Luís Roberto, Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *in: Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 4, p. 246.

⁶⁸³ MANKIW, *Introdução à economia*, p. 4. Em qualquer sociedade, capitalista ou não, será necessário que alguém deixe de cultivar alimentos para estudar medicina, fabricar remédios, cuidar de doentes. Inadmitido o trabalho forçado, é preciso recompensá-los por desempenhar essas tarefas, garantir que obtenham alimento de outra forma. Isso é economia.

⁶⁸⁴ Dados de 2008 a 2017 e 2020 a 2022, respectivamente, cf: BRASIL; INSPER, *Judicialização da saúde no Brasil*, p. 129–133, apurando menos de 3% de “ações coletivas” sobre o tema, incluindo “ações civis públicas” que, na verdade, tratam de direitos individuais. BRASIL, *Estatísticas processuais de direito à saúde*.

⁶⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *in*: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo W. (Orgs.), *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 128. No mesmo sentido: BARROSO, Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde...

individualmente, como a revisão de cláusulas de seguro médico para grupos associativos — lógica essa não diversa das “cláusulas legais” aplicáveis para a sociedade que se serve da saúde pública —, ao passo que seriam *pseudocoletivas* aquelas ajuizadas na forma de ação coletiva, por um de seus respectivos legitimados, com o objetivo, porém, de tutelar direito de um só indivíduo, a exemplo das ações civis públicas de iniciativa do Ministério Público para obter medicação para cidadão específico.⁶⁸⁶

De todo modo, apesar dos esforços legislativos, administrativos, judiciais e doutrinários, décadas de debate e introdução de mecanismos aglutinadores de demandas no direito processual nacional, ainda hoje prevalece o tratamento individualizado.⁶⁸⁷ Conforme se verá (cf. 5.2), uma razão para isso pode ser o fato de que esse conflito apresenta um especial desafio para a *racionalidade humana* quanto às *soluções possíveis*. Para uma análise de adequação que vise a resultados concretos, a resiliência dos fatos não pode ser ignorada.

5.1.2. Micro-perspectiva na prestação pública de fornecer medicamentos

A segunda faceta do conflito é a que diz respeito à violação do *direito subjetivo* individual de cada cidadão, perante o Poder Público, em receber tratamento de saúde, cuja extensão depende da interpretação que se dá ao correspondente *dever estatal* em prestá-lo. Embora tal direito esteja em tese condicionado a regras de alcance geral, a satisfação individual, somada à urgência, faz com que esse tipo de controvérsia seja predominantemente discutida caso-a-caso, o que pode ser incentivado — ou, ao menos, não desincentivado — pela probabilidade de maior êxito das demandas individuais do que das coletivas (cf. 5.2).

O perfil típico dessas demandas tem as seguintes características: são ações individuais, que têm como partes pessoas físicas em face de um ou mais entes da federação (Estados mais que Municípios, e estes mais que a União — envolvendo, assim, questões federativas⁶⁸⁸); têm como causa de pedir fática a enfermidade do autor e a necessidade (imediata) de tratamento, cuja especificidade costuma ser justificada por relatório médico

⁶⁸⁶ GRINOVER *et al*, *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*, p. 22–26.

⁶⁸⁷ Cf. BRASIL, *Estatísticas processuais de direito à saúde*.

⁶⁸⁸ SIQUEIRA, *Judicialização em saúde no Estado de São Paulo*, p. 5.

apresentado pelo próprio autor; como causa de pedir jurídica, o direito subjetivo individual de acesso universal à saúde, extraído do artigo 196 da Constituição Federal; como pedido a concessão do produto ou serviço médico (medicamentos, próteses, etc.).⁶⁸⁹

Revelando a citada “distorção entre macro e micro justiças” (cf. 5.1.1), conquanto os autores invoquem *direito subjetivo individual* como fundamento de suas demandas, a defesa dos réus estatais costuma contrapor-lhes *argumentos coletivos*, em torno dos princípios da isonomia, da separação dos poderes, do pacto federativo, da legalidade, da reserva do possível, do orçamento público; do ponto de vista fático, é recorrente a discussão sobre a eficácia do tratamento pedido face às alternativas terapêuticas já disponibilizadas no serviço público.⁶⁹⁰

Na maioria das vezes são requeridas e deferidas antecipações de tutela, e na larga maioria das sentenças e dos acórdãos a decisão é favorável ao demandante, dando-se especial valor probatório ao relatório médico trazido pelo autor (raramente a qualquer outra referência médica, nem mesmo oficial⁶⁹¹). Se a medicação requerida já está listada nos protocolos do ente demandado, o inadimplemento público costuma ser compensado com condenações de obrigação de dar sob pena de multa, eventualmente convertidas em execução específica mediante sequestro de verbas orçamentárias para custear o tratamento fora do sistema público. Mesmo que a medicação não esteja na lista, não é raro que o ente público seja igualmente condenado.⁶⁹²

5.2. SOLUÇÕES DE CONFLITOS NA PRESTAÇÃO PÚBLICA DE FORNECER MEDICAMENTOS

Soluções em matéria de fornecimento público de medicamentos, a princípio, se estruturam de igual forma a outras escolhas públicas: a Constituição garante um direito,

⁶⁸⁹ Por todos: WANG, Right to Health Litigation in Brazil. VIEIRA, Fabiola Sulpino, *Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça*, Rio de Janeiro: IPEA, 2020. SALLES, Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil.

⁶⁹⁰ Sobre os argumentos mais utilizados nessas demandas: MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi, Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo, *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 1, p. 101–107, 2007.

⁶⁹¹ WANG, Right to Health Litigation in Brazil.

⁶⁹² VAZ, Rafael Lutzoff de Camargo; BONACIM, Carlos Alberto Grespan; GOMES, Matheus da Costa, Impactos da judicialização da saúde nos municípios do estado de São Paulo, in: *Anais do X Congresso ANPCONT*, Ribeirão Preto: ANPCONT - Associação Nacional dos Programas em Ciências Contábeis, 2016, p. 3. WANG, Daniel Wei Liang, Direitos sociais e a falácia do nirvana, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, p. 482, 2020.

regulamentado pelo Legislativo e executado pela Administração, sob controle do Judiciário em casos de ilegalidade. Em tese, nessa matéria, (a) os Poderes Legislativos decidem, (a.1) quanto ao conteúdo da política, os marcos regulatórios e os poderes delegados a órgãos administrativos para dispor sobre a matéria, e, (a.2) quanto à alocação de recursos, a aprovação e o controle (com apoio dos Tribunais de Contas) do orçamento reservado para essa prestação pública. Por sua vez, (b) os Poderes Executivos decidem, (b.1.) quanto à política, os critérios técnicos a serem seguidos⁶⁹³ e as medidas de gestão necessárias para a prestação ao público, e, (b.2) quanto aos recursos, a eleição de prioridades a serem atendidas nos limites da lei orçamentária atual e a serem propostas para aprovações parlamentares futuras. Por fim, (c) os órgãos do Poder Judiciário decidem (c.1) sobre a observância pelo Poder Executivo dos parâmetros estabelecidos pelo Legislativo e sobre a razoabilidade destes e (c.2) sobre o direito de acesso, pelos cidadãos, aos recursos disponíveis, e a lisura de seu emprego pela Administração.

Tal lógica tem sua operacionalidade prejudicada, porém, pela complexidade dessa cadeia de tomada de decisões, que cruza todos os níveis da federação e Poderes do Estado, tocando a matéria em diferentes momentos e com foco em recortes diversos, bem como pelo fato de que, neste tema que afeta diretamente a vida humana, a delimitação do universo de *soluções possíveis* (ou, como se verá, *aparentemente possíveis*) merece considerações especiais,⁶⁹⁴ diante de sintomas como a tendência judicial mais favorável a pedidos individuais, afastando argumentos de caráter coletivo, e menos favorável a intervenções coletivas, paradoxalmente pelos mesmos argumentos de ordem coletiva.⁶⁹⁵

⁶⁹³ Refletidas, *e.g.*, na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), na RENASES (Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde) ou na REMUNE (Relação Municipal de Medicamentos Essenciais): art. 19-P da Lei 8.080/1990.

⁶⁹⁴ “Certamente somos todos responsáveis por essa situação: a começar pelo legislador, que se recusou a modernizar os processos coletivos, dando-lhes maior eficácia; passando pelo Poder Judiciário que, em relação ao acesso às vias coletivas, hesita entre a abertura e os entraves, dificultando-o; passando pelo próprio juiz, que não quer e não sabe lidar com processos coletivos, assim como pelos legitimados, que frequentemente se perdem em questões corporativas, deixando de exercer seu papel; por todos nós especialistas que, após mais de 30 anos de introdução em nosso país dos processos coletivos, ainda não conseguimos vê-los vicejar na realidade. E chegando enfim à sociedade brasileira, profundamente individualista e egoísta”: GRINOVER *et al*, *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*, p. 2.

⁶⁹⁵ WANG, *Right to Health Litigation in Brazil*, p. 626. No trecho, o autor afirma que “curiosamente, os mesmos tribunais que mostram quase nenhuma resistência em rever decisões [administrativas] de racionamento em casos individuais são mais relutantes em decidir a favor dos autores quando a demanda é coletiva e estrutural”. Destaca, ainda, como paradigmáticas as decisões do STF na Suspensão de Liminar (SL) nº 256 e a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 424, ambas de 2010, em que a corte negou a incorporação de certos tratamentos de saúde aos protocolos gerais do SUS, mas ressaltou que tais tratamentos deveriam ser deferidos se provados individualmente.

Decisões judiciais que visaram à uniformização jurisprudencial⁶⁹⁶ e medidas de conformação administrativa, como a criação de órgão técnico uniformizador,⁶⁹⁷ pouco têm afetado o padrão decisório dos juízes.⁶⁹⁸ Conforme pesquisa publicada pelo CNJ em 2019, listas oficiais de medicamentos são ignoradas em 96% das decisões judiciais; 86% dos acórdãos sequer citam documentos técnicos trazidos pela Administração.⁶⁹⁹ Outro estudo, de 2020,⁷⁰⁰ valendo-se de metodologia quase-experimental,⁷⁰¹ concluiu que, apesar das reformas de ordem técnica, juízes continuam usando como principal critério de decisão o receituário médico do próprio autor da ação.⁷⁰² Pareceres oficiais contrários ao médico privado foram ignorados em 94,6% das decisões na 1ª instância, 97,9% na 2ª instância e 100% no STJ e no STF,⁷⁰³ o que

⁶⁹⁶ Ao buscar por “saúde” no banco de Repercussões Gerais do STF, localizam-se os seguintes temas: nº 6 (custeio estatal de medicamentos de alto custo), 262 (julgado: é legítimo o Ministério Público para ajuizar ação individual de tutela à saúde), 500 (julgado: parâmetros para fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA), 793 (julgado: há solidariedade de todos os entes federativos na saúde) e 1234 (legitimidade da União para figurar em demanda que trata de medicamento não registrado na ANVISA). No banco de dados de Recursos Repetitivos do STJ, os temas nº 84 (julgado: é possível sequestro de verbas públicas para custeio de medicamento), 98 (julgado: é possível multar ente público em demanda de saúde), 106 (julgado: parâmetros para fornecimento de medicamentos não incorporados nos SUS); 766 (julgado: o Ministério Público é legítimo para ajuizar demanda individual de saúde), e 799 (solidariedade federativa).

⁶⁹⁷ E.g. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC, criado pela Lei 12.141/2011, com competência para se manifestar sobre “evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento” (art. 19-Q, §2º da nova redação da Lei 8.080/1990).

⁶⁹⁸ Cf.: VASCONCELOS, Natalia Pires de, Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde, *Revista Estudos Institucionais (UFRJ)*, v. 6, n. 1, p. 83–108, 2020.

⁶⁹⁹ BRASIL; INSPER, *Judicialização da saúde no Brasil*. A pesquisa teve como base 164.587 acórdãos proferidos entre 2008 e 2017 por tribunais federais e estaduais de todo o país. Referências ao CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS), aos NAT’s (Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário) ou a protocolos públicos de saúde foram encontrados, respectivamente, em apenas 0,7%, 13,9% e 6,6% das decisões; as listas oficiais RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), RENASES (Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde) e REMUNE (Relação Municipal de Medicamentos Essenciais) foram citadas, respectivamente, em 4,1%, 0,08% e 0,005% dos casos.

⁷⁰⁰ WANG *et al*, Health technology assessment and judicial deference to priority-setting decisions in healthcare, p. 6. A pesquisa foi conduzida por equipe multidisciplinar, com base em 13.263 decisões judiciais envolvendo os governos dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e governo federal,

⁷⁰¹ Estudos *quase-experimentais* são realizados, em geral, quando, por limitações metodológicas, os dados não podem ser randomizados ou não se dispõe de um grupo de controle que permita comparações a respeito de uma dada variável. Cf. Iowa State University, *Research Methodologies Guide: Quasi-Experimental Design*, disponível em: <<https://instr.iastate.libguides.com/c.php?g=49332&p=318076>>. acesso em: 24 maio 2022.

⁷⁰² Tornando pouco efetiva, portanto, a decisão do STJ no Tema Repetitivo nº 106 (Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1657156/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJE 21 set. 2018): “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”.

⁷⁰³ Até porque os Tribunais Superiores não reapreciam fatos em geral, menos ainda os que favorecem enfermos, cf.: VASCONCELOS, Solução do problema ou problema da solução?, p. 92.

denota, para os pesquisadores, uma “alocação de recursos escassos baseada na ‘*regra do socorro*’, um senso de imediato dever moral para fazer tudo o que for possível para salvar uma vida identificada”.⁷⁰⁴

Esse dilema moral não pode ser subestimado. Colocados na circunstância de poder “salvar uma vida”, não surpreende que juízes decidam a favor de enfermos individualmente identificados. Dessa forma, confirmam a máxima de que “a vida não tem preço”. Apesar dos parâmetros legais condicionantes do direito a prestações de saúde, é recorrente a interpretação de que tal direito constitucional é incondicional, independentemente da situação financeira do autor ou orçamentária do réu público.⁷⁰⁵ O debate em torno da *reserva do possível* (escassez de recursos disponíveis) ficou prejudicado pelo entendimento de que essa limitação não se opõe à garantia do *mínimo existencial*.⁷⁰⁶ Conforme se extrai de decisão (de 1997) do STF, seria mesmo antiético, além de antijurídico, decidir diferentemente:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.⁷⁰⁷

Tal citação aponta não só um valor moral caro à humanidade, como a contrapõe a uma noção de mesquinhez contida no (mal compreendido: cf. Parte I) interesse público “secundário”. Certamente seria repugnante economizar recursos às custas da vida de uns para sustentar o luxo (ou, pior, a corrupção, sempre implícita na desconfiança à gestão pública) de

⁷⁰⁴ WANG *et al*, Health technology assessment and judicial deference to priority-setting decisions in healthcare, p. 6. A pesquisa foi conduzida por equipe multidisciplinar, com base em 13.263 decisões judiciais envolvendo os governos dos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e governo federal,

⁷⁰⁵ Reportando que 80% das decisões que afirmam que o tratamento gratuito e integral não poderia ser restringido por considerações orçamentárias ou de política pública, e que a abordagem de que a saúde e a vida se sobrepõem aos “interesses secundários do Estado” prevalecem como fundamento das decisões judiciais na matéria: WANG, Right to Health Litigation in Brazil, p. 623.

⁷⁰⁶ Isto é, do “conteúdo mínimo dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, que permite justiciabilidade imediata”: COSTA, Susana Henriques da, Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil, *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 57, p. 207–243, 2015, p. 223. — Para os fins desta tese, importa notar que, virtualmente, todo o orçamento público poderia ser investido integralmente na saúde, e ainda assim se trataria de recursos escassos; conforme se verá, isso importa porque o valor moral de que “a vida não tem preço” pode induzir a uma negação, consciente ou inconsciente, da existência das políticas de prestação de serviços públicos de saúde e de coerente solução das respectivas controvérsias.

⁷⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Decisão monocrática em Medida Cautelar na Petição nº 1246, Ministro-Presidente Celso de Mello, j. 3 jan. 1997, DJ 13 fev. 1997.

outros. Mesmo que eliminado esse desvio, porém, os recursos disponíveis para socorrer vidas (no sistema público ou qualquer outro) jamais serão infinitos.

A racionalidade humana tem dificuldade em lidar com essa circunstância, pois, conforme a ideia tradicional de dignidade explicada por Immanuel Kant, a razão pura, *independentemente de conhecimentos empíricos*, pressupõe um *imperativo de moralidade* de que o ser-humano só pode ser encarado como *fim*, jamais como *meio*.⁷⁰⁸ Além de a própria *moralidade* ser princípio constitucional da Administração, isso é um problema *jurídico* também do ponto de vista do princípio da *eficiência*, não só por que se está diante de recursos escassos (*objeto* do conflito), mas, antes, porque é preciso lidar com a **limitação da racionalidade humana como instrumento tomador de decisões** (*sujeito e forma*) nessas circunstâncias que — contrariando a intuição, a moral, e a própria “razão pura” — colocam vidas como fatores (*meio*) equacionados em função de restrições materiais.

É igualmente compreensível, por outro lado, que, quando colocados diante de decisões com impactos coletivos, juízes, assim como administradores, sejam mais cautelosos, já que o *custo marginal* das decisões de alcance geral é maior que o das individuais. Ademais, por atingir sujeitos indeterminados, é menor a premência de socorro e, por estar mais próxima de uma escolha que contrapõe *vidas vs. vidas*, em vez de *vidas vs. recursos*, é menor a percepção de que seria imoral deixar de fornecer o medicamento. Essa perspectiva está bem retratada em decisão mais recente do STF, de 2018:

Nesse passo, há de se louvar que a temática da demanda original esteja em sede coletiva, afinal, em matéria de saúde pública, as ações coletivas impulsionam o debate na macro perspectiva do sistema, com maior vocação, portanto, à garantia de implementação das diretrizes e princípios do SUS. Naturalmente, todavia, essas mesmas demandas coletivas guardam a capacidade de atingir a própria estrutura das políticas públicas, com impactos de ordem financeira, organizacional e decisória significativos. Em matéria de

⁷⁰⁸ Segundo Kant, há um “imperativo de moralidade” pelo qual os seres racionais devem ser encarados como fins em si mesmos, “nunca simplesmente como meio”. Pela própria razão, dado que aqui “não cabe o conhecimento empírico”, deduz-se uma “vontade legisladora universal” que rejeita todas as máximas que contraria esse imperativo. Assim, é extraído da “razão pura” o imperativo categórico “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (p. 59), donde o autor deduz o *imperativo prático supremo* “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (p. 69). Cf. KANT, Immanuel, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, tradução do original alemão de 1785. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 52–72. — Para aprofundamento filosófico sobre as teorias da justiça social e a economia da saúde, à luz de indicadores demográficos, epidemiológicos, e socioeconômicos determinantes do aspecto distributivo da política de saúde: PORTO, Silvia Marta, *Justiça Social, Equidade e Necessidade em Saúde*, in: PIOLA, Sergio F.; VIANNA, Solon M. (Orgs.), *Economia da saúde: conceito e contribuição para a gestão da saúde*, Brasília: IPEA, 1995, p. 123–140.

direitos sociais esse impacto tende a ser ainda maior, dada a dificuldade de retrocesso em atendimento já iniciado na seara dos direitos sociais, ainda que o fornecimento da atenção tenha se dado por ordem judicial. Por isso – e sem negar a possibilidade de concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ações de natureza coletiva (matéria sobre a qual a doutrina já acena em sentido positivo desde a égide do revogado Código de Processo Civil) – há que se ter em conta que, em demandas de tal natureza, é sempre mais perceptível a constatação dos impactos causados ao sistema público (no caso, de saúde) pelo imediato adimplemento de ordem antecipatória, sendo em alguns casos prudente que se aguarde – para produção dos amplos efeitos da decisão – a segurança que o trânsito em julgado a ela oportuniza.⁷⁰⁹

Guido Callabresi e Philip Bobbitt trazem uma explicação para dilemas como esse. Os autores observam que, diante de **escolhas trágicas** (“*tragic choices*”), raciocínios ilógicos do ponto de vista da eficiência são admitidos por uma necessidade humana de reforçar certos símbolos morais, permitindo que **decisões paradoxais prevaleçam às racionais** quando a distribuição de recursos implicar “grande sofrimento ou morte”, levantando “emoções de compaixão, ultraje e terror”, especialmente se contrapuserem a seleção de beneficiários (e, assim, o “perímetro da escassez”) a valores de sobrevivência e bem-estar, de modo que, em detrimento da eficiência ou da racionalidade, acaba-se preferindo “alocações de forma a preservar os fundamentos morais da colaboração social”.⁷¹⁰ Para tanto, o “padrão das escolhas trágicas” costuma valer de artifícios mentais que separam as decisões sobre *quanto* será distribuído e *quem* será beneficiado, de modo a criar uma “**ilusão de suficiência**” autorizativa da decisão paradoxal (*paradoxo da suficiência*):⁷¹¹

o ‘*paradoxo da suficiência*’ poderia, se escrito hoje, ser visto como um exemplo paradigmático da escola da economia comportamental. Como explicamos lá, o paradoxo consiste na disposição da sociedade de gastar muito mais para salvar uma pessoa em perigo dramático do que evitar desastres

⁷⁰⁹ STF, Suspensão de Tutela Provisória (STP) nº 101-Medida Cautelar/ES, Relator Ministro-Presidente Dias Toffoli, julgado em 27 dez. 2018, publicado em 4 fev. 2019. Sublinhou-se.

⁷¹⁰ CALABRESI; BOBBITT, *Tragic Choices*, p. 18. Os autores usam como exemplo decisões sobre a alocação de transplantes de órgãos.

⁷¹¹ “O paradoxo pode ser enunciado da seguinte maneira: A ilusão de suficiência (a) permite que algumas determinações trágicas de primeira ordem [=quanto] sejam vistas como validando a vida, apesar do fato de que necessariamente acarretam determinações de primeira ordem em outras áreas trágicas que tiram vidas; (b) permite que algumas dessas outras determinações de primeira ordem que tiram vidas sejam percebidas como não-negadoras da vida [*not-life-negating*]; (c) permite que uma classe de determinações de segunda ordem [=a quem] seja percebida como não-negadoras da vida, mesmo que cada decisão trágica de segunda ordem implique uma decisão de tirar a vida. O papel desempenhado pelo paradoxo parece depender da relação entre a suficiência da determinação e o principal valor humanístico, a preservação da vida” (...) “há *tremendas pressões* quando a atenção está focada em uma escolha trágica para passar para uma situação de suficiência, ou suficiência aparente, que permitirá que o paradoxo opere. Fazendo isso, muitos custos caros de segunda ordem sobre quem deve ser salvo são evitados e o *valor incomensurável, ou pelo menos o muito alto preço, da vida humana é reafirmado*”: *Ibid.*, p. 135.

recorrentes que matam muito mais pessoas, precisamente porque isso serve para afirmar a ‘falta de preço da vida’ [pricelessness of life], e porque não fazer isso negaria dramaticamente esse inestimável valor, especialmente em face de tantas outras decisões que, embora menos conspícuas, precificam a vida de maneiras que consideramos moralmente repugnantes.⁷¹²

Essa teoria explica por que, a despeito de alterações legislativas, administrativas e até mesmo processuais, juízes dificilmente negarão socorro a quem se identificar individualmente, ao mesmo tempo em que serão menos benevolentes a coletividades de rostos indeterminados: estão seguindo um “padrão de escolhas trágicas” que, para reafirmar (ou “*não-negar*”, como sugerem Callabresi e Bobbit⁷¹³) o valor moral de que a “vida não tem preço”, admite decisões paradoxais do ponto de vista da eficiência. Isso não pode ser ignorado na política de solução dessas controvérsias pois, como se vê, a individualização não apenas torna o tomador de decisão míope da conjuntura em que se insere, mas, por colocá-lo na posição de fazer uma “escolha trágica”, lhe induz, por mecanismo de defesa mental, a uma ilusão.⁷¹⁴

Para os fins desta tese, importa notar, diante disso, que **a alternância de modelos processuais que provocam diferentes recortes de um mesmo problema pode induzir decisões divergentes por uma mesma instituição decisória**, por induzir-lhe distorções sobre o universo de soluções *aparentemente* possíveis. Assim, e enquanto houver alta previsibilidade das decisões judiciais sobre fornecimento de medicamentos, não se pode negar que a *escolha do método de solução* equivale praticamente à *escolha do resultado*. Por isso, não é possível tratá-la com abordagem exclusivamente processual, como se os procedimentos aplicados levassem a resultados desconhecidos, isentos de viés ou determinados *ex post*. Nesse sentido, a definição da respectiva política de solução de conflitos é mais que instrumental: representa uma escolha alocativa, *ex ante*, da própria matéria em disputa.

De outro lado, vale lembrar que, por diferenças de competência, **a alternância de métodos que substituem a instituição decisória muda o próprio universo de soluções efetivamente possíveis**. Tão humanos quanto os juízes, agentes públicos não são menos suscetíveis ao padrão decisório das escolhas trágicas. O que faz com que a decisão daqueles

⁷¹² CALABRESI, *The future of law and economics*, p. 5.

⁷¹³ CALABRESI; BOBBITT, *Tragic Choices*, p. 135. — Em sentido próximo, mas com abordagem diversa: WANG, *Courts and health care rationing*.

⁷¹⁴ Outra perspectiva que deve ser considerada, mas que extrapola o escopo desta tese, é a da adequação do próprio direito material que regula o fornecimento público de medicamentos. A propósito, apontando a insuficiência do tratamento dessa matéria por normas meramente principiológicas: FLEURY, Sonia *et al*, *Right to health in Latin America: beyond universalization*, Santiago (Chile): United Nations, 2013, p. 7.

seja diversa destes não é a interpretação do Direito aplicável ou a sensibilidade ao valor inestimável da vida, mas as *circunstâncias institucionais* de cada um.

É ilustrativa a **comparação de circunstâncias institucionais** das autoridades administrativas e judiciárias. Agentes administrativos devem fixar protocolos isonômicos para coletividades e aplicá-los em casos individuais; do contrário, assumem o risco de serem acusados de ilícito disciplinar (princípio da hierarquia), de improbidade (*e.g.* Lei 8.429/1992, art. 10, VII) ou até criminalmente (*e.g.* prevaricação). Por não gozarem das mesmas garantias dos magistrados (*e.g.* vitaliciedade, só cassada por sentença judicial transitada em julgado: CF, art. 95, I), são naturalmente mais *aversos ao risco*. Mesmo os mais *afetos a riscos*, porém, têm reduzido espaço de criatividade, já que suas competências (vide, *e.g.* Lei 8.112/1990, art. 116⁷¹⁵) não lhes permitem controlar a constitucionalidade ou legalidade das “normas legais e regulamentares” a que estão sujeitos, cabendo-lhes, se discordar, tão-só a representação aos superiores. Ainda na rara hipótese em que *deixam de cumprir* “ordens manifestamente ilegais”, não podem *dar ordem diversa*, especialmente se necessário empenho orçamentário, sob pena de incidirem em ilícito de responsabilidade fiscal (CF, art. 167; LRF e Lei 4.320/1964). Juízes, por sua vez, não só gozam de garantias que afastam riscos de sanção por aplicações divergentes de protocolos médicos ou mesmo da lei, como têm maior espaço de criatividade interpretativa do Direito, de sorte que decisões inviáveis para agentes administrativos são, para magistrados, não só possíveis, como, nesse caso, até mesmo prováveis.⁷¹⁶ De fato, o fornecimento de medicamento não listado ou não aprovado pela vigilância sanitária, ou de droga de marca

⁷¹⁵ Lei 8.112/1990, Art. 116: “ São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II - ser leal às instituições a que servir; III - observar as normas legais e regulamentares; IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; V - atender com presteza: (...).VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição; IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa; X - ser assíduo e pontual ao serviço; XI - tratar com urbanidade as pessoas; XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa”.

⁷¹⁶ Confirmando o automatismo no julgamento favorável aos demandantes em pedidos de insulina (90% favoráveis aos autores, 80% com menção de que independe de restrições orçamentárias) e de tribunais, como o do Rio de Janeiro e de outros quatro estados, em que o deferimento de liminares se em matéria de saúde dá em 95% a 100% dos casos: WANG, *Right to Health Litigation in Brazil*, p. 617.

determinada (diversa da licitada pelo SUS), ou a alteração em fila para tratamento hospitalar implicam atos que, não fosse a ordem judicial, seriam *ilícitos* para o administrador público.⁷¹⁷

Particularmente em relação à **forma de cumprimento da solução**, vale observar que a condenação de fornecimento de medicamento impõe à Administração uma *obrigação de dar coisa certa*, fugindo à regra de direito financeiro-constitucional prevista no art. 100 da CF, exclusiva às condenações jurisdicionais de *obrigações de pagar*, a serem cumpridas na ordem cronológica de precatórios conforme incluídas nas *leis orçamentárias* seguintes, mediante *aprovações parlamentares*.⁷¹⁸ Ademais, a jurisprudência admite, nesses casos, execução específica mediante sequestro de verbas públicas⁷¹⁹ — que funcionam assim como fundos de seguro para imediata satisfação do direito. Trata-se de reflexo do novo perfil do Estado, *provedor* de serviços, devedor de *prestações*, que não se encaixa na lógica pensada para a antiga dualidade entre atos de gestão e de império. Por consequência, tem-se um comprometimento especial das reservas financeiras do Ministério e das Secretarias de Saúde dos Estados e Municípios,⁷²⁰ de impacto mais direto que o sofridos por outros órgãos da Administração cujas condenações são “externalizadas” para o fundo comum dos precatórios — cuja lógica jurídica seria de pagamento no exercício orçamentário seguinte.⁷²¹ De um lado, isso traz respostas mais

⁷¹⁷ É interessante notar que a percepção de juízes e de gestores públicos revela que, apesar de discordarem no mérito, concordam que se trata essencialmente de um problema de gestão. Em pesquisa com 40 juízes (60% homens) e 162 secretários municipais (60% mulheres), 59% dos juízes responderam que a judicialização se dá em razão da “ineficiência da gestão e incapacidade de gerir os recursos para atender adequadamente as demandas por saúde”; do secretariado, 3% responderam que se trata de “falta de planejamento”, 20% afirmaram tratar-se de um “risco ao SUS” e 34% de uma medida de “cumprimento da lei”. A pesquisa aponta, ainda, que há alta rotatividade de gestores e agentes de saúde, que não logram qualificar-se de modo perene a respeito da unidade que gerem, o que pode ser um indicativo do problema de gestão (e da escassez na alocação de recursos humanos qualificados): OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes *et al*, *Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do judiciário e da saúde*, *Escola Anna Nery*, v. 23, n. 2, p. DOI 10.1590/2177-9465-ean-2018-0363, 2019.

⁷¹⁸ Nesse sentido de que a sistemática dos precatórios prevista no art. 100 da CF é antes uma regra constitucional de *processo legislativo-orçamentário* que uma regra de *processo jurisdicional*: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2019), p. 279.

⁷¹⁹ STF, Tema de Repercussão Geral nº 289 (Recurso Extraordinário nº 607.582, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 27 ago. 2010; publicado em 27 ago. 2010).

⁷²⁰ Cf. BRASIL, *Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde*. O orçamento do Ministério da Saúde aprovado em 2015 pela Lei 13.115/2015 foi de R\$ 121 bilhões. WANG *et al*, Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo, p. 1195–1203. SIQUEIRA, *Judicialização em saúde no Estado de São Paulo*, p. 6.

⁷²¹ Extrapola o escopo dessa tese as moratórias no pagamento de precatório, cabendo observar apenas que, patologias à parte, tal sistemática de adiamento de quitações públicas por razões orçamentárias não é exclusividade brasileira, existe em ao menos outros 61 ordenamentos. A propósito: FAIM FILHO, *Requisitórios, Precatórios e Requisições de Pequeno Valor: Um Tema de Direito Financeiro*, p. 49.

prontas — e, quiçá, mais *responsividade* (*accountability*) — para o gestor de saúde pública; por outro lado, revela que uma parcela dessa gestão é feita, na verdade, pelo Judiciário.

Percebe-se que o fenômeno é intrincado por facetas que exigem um olhar global. Não é novidade que a **natureza dos novos deveres estatais requer revisão dos antigos meios** de atuação do Estado, jurisdicional inclusive.⁷²² Nessa revisão, é preciso refletir, diante das inferências acima, se a controvérsia em tela carece de foco nas *soluções* (isto é, no *objeto* das respectivas *decisões*) ou nos *métodos de solução* (ou seja, no *processo de tomada de decisão*) e, em relação a estes, o quanto é adequado reformar os instrumentos existentes (*e.g.* por meio de um procedimento especial para o controle judicial dessa política pública) ou buscar outros instrumentos que tragam novas *formas* de abordagem ou mesmo diferentes *arranjos institucionais*.

5.3. MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

5.3.1. Método-paradigma: judicialização de tratamentos públicos de saúde

No Brasil, o fenômeno da judicialização da saúde ganhou contornos próprios a partir da década de 1990, quando houve especial litigância relacionada a medicamentos antirretrovirais para tratamento de HIV/AIDS. Apesar da falta de padronização de dados, que prejudica a precisão estatística a respeito,⁷²³ sabe-se que o fenômeno ganhou outra escala na década de 2000. Entre 2006 e 2008, a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo registrou um aumento de 189% (66,1% solicitando medicamentos) e até criou um “Índice Paulista de Judicialização da Saúde”.⁷²⁴ Em recorte mais amplo, que considera tanto ações de saúde pública

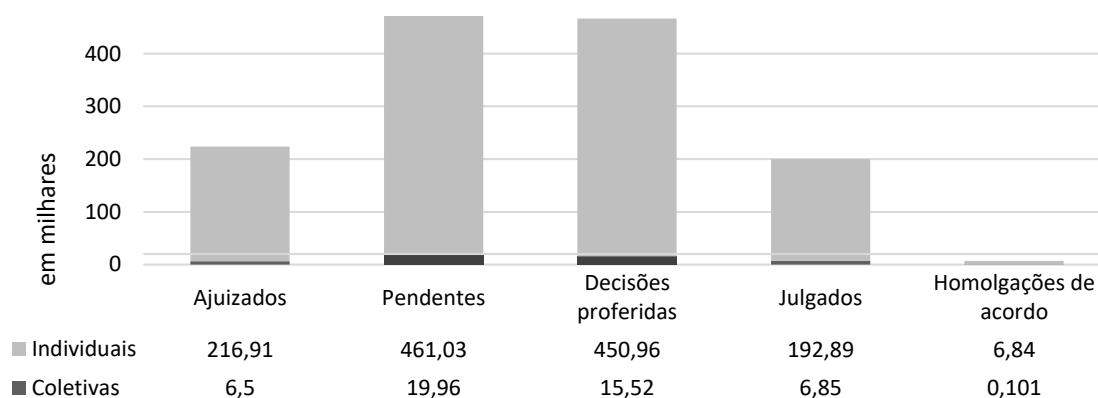
⁷²² A propósito, defendendo a regulamentação da tutela judicial de políticas públicas e, mais tarde, ampliando seu conceito de jurisdição para abranger métodos alternativos aos judiciais: GRINOVER, O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário; GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*.

⁷²³ SIQUEIRA, *Judicialização em saúde no Estado de São Paulo*, p. 5. — VAZ; BONACIM; GOMES, Impactos da judicialização da saúde nos municípios do estado de São Paulo, p. 4.

⁷²⁴ NAFFAH FILHO, Michel; CHIEFFI, Ana Luiza; CORREA, Maria Cecília M. M. A., S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, *BEPA. Boletim Epidemiológico Paulista*, v. 7, n. 84, p. 18–30, 2010, p. 21. A pesquisa aponta que, até 2005, havia 489 casos

como suplementar (privada), o CNJ apurou aumento de 130% entre 2008 e 2017, ano em que 95.752 demandas sobre o tema foram distribuídas em primeira instância,⁷²⁵ somando-se às já ajuizadas. Vale notar que, para além da gestão processual, tais demandas se congestionam devido à própria duração dos tratamentos médicos demandados; em São Paulo, naquele ano (2017), cada nova ação se juntava a outras três do estoque;⁷²⁶ hoje (2022), a média tanto paulista⁷²⁷ como nacional (**Gráfico 7**) é de uma nova para duas pendentes. Esse cenário de litigância repetitiva a respeito de relação prestacional massificada, não por acaso, lembra o *fordismo judiciário* visto nas searas consumeristas e tributárias.

Gráfico 7 - Ações judiciais sobre saúde pública e privada (Brasil, jan.-jul. 2022)



Adaptado de: CNJ (2022)⁷²⁸

registrados, em comparação aos 8.088 casos de 2008 (aumento de 1.553%); contudo, é possível que tenha havido uma subestimação, já que o sistema de registro foi inaugurado em 2005. A pesquisa aponta, ainda, um decréscimo em 2009 (mas não apresenta o dado anual completo), afirmando que tal redução pode ser explicada por uma nova prática de triagem implementada a partir deste ano (*Ibid.*).

⁷²⁵ BRASIL; INSPER, *Judicialização da saúde no Brasil*. A própria pesquisa faz várias ressalvas sobre sua metodologia. Embora promovida pelo próprio CNJ, seus dados advêm e-mails de enviados ao serviço de informações ao cidadão (SIC); 6 dos 27 Tribunais Estaduais e 2 dos 5 Federais não responderam. Acrescente-se que, em diversos pontos, a pesquisa não é clara em relação a datas e na diferenciação entre saúde pública e saúde suplementar. Embora haja uma seção da pesquisa que tenta fazer essa diferenciação, há gráficos que indicam números desses setores que, somados, não correspondem aos números indicados nas seções anteriores da pesquisa. Por tal razão, tais dados não foram citados.

⁷²⁶ Em São Paulo, 14.890 novas ações forma ajuizadas em 2017, mas o estoque contabilizava aproximadamente 51.000 ações em andamento: ESTADO DE SÃO PAULO; SANTOS, *Judicialização da Saúde: panorama estadual público*.

⁷²⁷ BRASIL, *Estatísticas processuais de direito à saúde*.

⁷²⁸ *Ibid.* Observação 1: De acordo com os demais dados da fonte, estima-se que 2/3 do total de demandas seja sobre saúde pública, e 1/3 sobre saúde suplementar (privada). Esse dado, porém, não discrimina ações

Refletindo o contexto já descrito (cf. 5.1 e 5.2), o **Gráfico 7** demonstra também a predominância de litígios individuais, em detrimento dos coletivos, na matéria. Esse modo individual de litigar, como visto, é um mecanismo que aliena o processo de tomada de decisão da macropolítica em que se insere, o que coloca em dúvida sua adequação como *meio* para o atingimento de *fins* coletivos.

Os impactos mais visíveis são na **programação orçamentária**. No âmbito federal, o aumento no valor das compras realizadas pelo Ministério da Saúde sob ordem judicial foi de 1.345% (de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão), de 2008 a 2015, ano em que esse volume representou menos de 1%⁷²⁹ do orçamento do setor. A despesa é maior, porém, nos Estados e Municípios, que, com mais competências no SUS e heterogêneos tamanhos populacionais e orçamentários, apresentam casos chamativos:⁷³⁰ em 2011, no Município de São Paulo, ordens judiciais representaram o equivalente a 10% do orçamento para drogas e materiais odontohospitalares; esse valor foi destinado para tratamentos não contemplados no SUS em 45% dos casos, e para drogas de competência não-municipal em 55% — trazendo, assim, **impacto na organização federativa** —, ao passo que, no Município de Curitiba, ordens judiciais representaram mais de 50% do orçamento para medicamentos — de modo que, no período, **essa** política pública municipal foi *majoritariamente* determinada pelo Judiciário. Nessa escala, tem-se um **custo mais que marginal**. Ademais, conquanto a interferência judicial em decisões dos Poderes Executivo e Legislativo não seja estranha ao sistema constitucional, nesses casos, sua proporção, frequência e profundidade conferem uma nova dimensão para o debate da **separação dos poderes**.

Outras repercussões, internas e até externas à Administração, também são constatadas. Conforme observado por Neil Komesar ao tratar da regulação de serviços privados

individuais e coletivas. Observação 2: A série histórica começou em 2020, ano da pandemia. Para minimizar o impacto desse período, preferiu-se reproduzir apenas os dados de 2022. De todo modo, vale notar que as ordens de grandeza são semelhantes entre 2020 e 2022. Em todos esses anos, menos de 4% das demandas ajuizadas sobre direitos de saúde (pública e privada) eram coletivas. Não se trata, ainda assim, de número desprezível, pois representam aproximadamente 11 mil novas ações ajuizadas, por ano, no período.

⁷²⁹ BRASIL, *Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde*. O orçamento do Ministério da Saúde aprovado em 2015 pela Lei 13.115/2015 foi de R\$ 121 bilhões.

⁷³⁰ “A auditoria [do TCU] verificou que as secretarias estaduais de saúde, juntas, realizam despesas com a judicialização muito maiores que as do Ministério da Saúde”: *Ibid.* Cf. dados de: WANG *et al.*, Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo, p. 1195–1203. — Em 2015, estimava-se que o Estado de São Paulo era “responsável exclusivo” em 73% dos processos de saúde de que era parte; em 25%, tinha responsabilidade solidária com Municípios e em menos de 1% com a União: SIQUEIRA, *Judicialização em saúde no Estado de São Paulo*, p. 6.

de saúde e de seguros, é preciso cuidado para que não se exclua competição, se crie monopólios ou se “redistribua recursos dispersos de consumidores que agora precisam pagar preços maiores a produtores protegidos”.⁷³¹ Tal associação encontra eco na judicialização da saúde pública, que pode ter um **efeito (des)regulatório nas contratações públicas**, uma vez que, ao determinar compras extraordinárias, *criam demanda* a certos produtos, excepcionam requisitos técnicos (*e.g.* licenciamento sanitário), fogem a procedimentos competitivos de aquisição de produtos (*e.g.* licitação), dispersam o poder de compra pelo Estado que, perde ganhos de escala e, assim, incentivam o aumento de preços para toda a sociedade.⁷³²

Observam-se, ainda, impactos na **distributividade** da política pública. Tornam-se relevantes as **assimetrias informacional e material** entre os usuários que “competem” nesse sistema: quem dispõem da informação sobre os caminhos administrativos ou judiciários para obter medicamentos e de recursos (*e.g.* advogados⁷³³) para percorrê-los possui *vantagens comparativas* que podem fazer com que uns obtenham tratamento não só *antes* mas, por vezes,

⁷³¹ KOMESAR, *Imperfect alternatives*, p. 194. Tradução livre.

⁷³² “Durante o período de 2010 a 2015, o Ministério gastou mais de R\$ 2,7 bilhões com compras determinadas judicialmente, a maioria (54%), com a aquisição de apenas três medicamentos”: BRASIL, *Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde*. — Estimando que, em 2011, aproximadamente R\$ 1,6 milhões dos R\$ 8,8 milhões gastos pelo município de São Paulo no cumprimento de obrigações judiciais de dar medicamentos foram gastos sem licitação, mesmo com a adoção de “licitações preventivas” para fazer frentes às condenações judiciais: WANG *et al*, Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo, p. 1198. — Apontando que, no Estado de São Paulo, na cesta de medicamentos mais pedidos judicialmente, o custo da compra decorrente de ordem judicial é em média o dobro da compra administrativa; que cerca de 30% dos itens cuja disponibilização é judicialmente determinada são de marca (já disponibilizou 56 tipos, tamanhos e marcas específicas de fraldas), o que é em regra vedado em licitações; que 49% deles são destinados para um único cidadão (ou seja, não podem ser aproveitados por outro paciente até que seu destinatário o busque ou o produto pereça); que 7 a 8% dos recursos humanos das coordenadorias de saúde estão deslocadas para atender à judicialização: SIQUEIRA, *Judicialização em saúde no Estado de São Paulo*, p. 15; SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de, *Judicialização do SUS nos municípios: Caminhos para responder às situações mais frequentes*, São Paulo: 31º Congresso de Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo, 2017, p. 14. — Reportando esquema de médicos, advogados e fabricantes de medicamentos que usavam da criminosamente da judicialização da saúde para induzir compra de produtos: ACEITUNO, Jair, *Presos fraudadores que deram golpe R\$ 63 mi na Saúde em SP*, Estadão, publicado em 1º set. 2008, disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,presos-fraudadores-que-deram-golpe-r-63-mi-na-saude-em-sp,234443>>. acesso em: 27 abr. 2021.

⁷³³ Contextualizando essa informação com o perfil de judicialização do Ministério Público e da Defensoria Pública em defesa de direitos de saúde e com os fatos de que “muitas pessoas pobres sequer têm ciência de seus problemas de saúde” e que “apenas um pequeno número de pessoas sabem que há instituições pública que prestam assistência jurídica gratuita”: WANG, Daniel; FERRAZ, Octavio Luiz Motta, *Reaching Out to the Needy? Access to Justice and Public Attorneys’ Role in Right to Health Litigation in the City of Sao Paulo*, *SSRN Electronic Journal*, 2012.

no lugar de outros.⁷³⁴ Na medida em que o acesso ao Judiciário costuma ser concentrado por quem dispõe de melhores condições socioeconômicas, tem-se, por consequência, que a política pública acaba canalizada em seu favor, em detrimento dos (escassos) recursos disponíveis para socorrer os mais carentes, em típico cenário em que “quem tem sai na frente”.⁷³⁵ Ilustrativo desse impacto é o fato de que o cumprimento de ordens judiciais de fornecimento de medicamentos, mesmo quando se trata de droga ordinariamente provida pelos SUS, costuma ser feita de modo diferenciado pelos gestores que, com receio de sanções judiciais, operam com estoques mais conservadores (com maior margem de desperdício).⁷³⁶

Nesse cenário, a oferta pública de medicamentos, naturalmente *bens rivais* (o consumo da utilidade de um bem por uma pessoa esgota a sua utilidade para outra), acabando assumindo caráter de *bens excludentes* nos casos em que a droga só for acessível a quem puder arcar com os ônus (financeiros, informacionais, burocráticos) da judicialização,⁷³⁷ de modo contraditório aos objetivos de universalização dessa política. Percebe-se, assim, que a **forma de tratamento do conflito é capaz de recortar o universo de pessoas atendidas e até mesmo requalificar o objeto em disputa**, do ponto de vista da sua alocação distributiva.

Tendo em vista esses impactos, alguns autores defendem que a **tutela coletiva** deveria ser a via preferencial no controle judicial da saúde, com foco na revisão dos protocolos gerais, de modo a estender as alterações a todos na mesma situação.⁷³⁸ O próprio Supremo Tribunal Federal, em 2009, realizou a Audiência Pública nº 4, para ouvir especialistas, resultando, no ato seguinte, na criação do “Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento

⁷³⁴ “São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável”: BARROSO, Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde..., p. 252.

⁷³⁵ Cf. GALANTER, Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change. No mesmo sentido: SALLES, Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil, p. 815.

⁷³⁶ Cf. SIQUEIRA, *Judicialização em saúde no Estado de São Paulo*, p. 14. — Em sentido próximo, constando que, até 2015, “a judicialização da saúde provocava a realocação emergencial de recursos do programa, descontinuava o tratamento de pacientes regulares do programa, ameaçava os gestores pelo eventual descumprimento das decisões judiciais e admitia que laboratórios aumentassem os preços de medicamentos na hipótese de aquisição emergencial, sem licitação”: BRASIL, *Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde*.

⁷³⁷ Qualificando o acesso judiciário como bem excludente: NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*, São Paulo: RT, 2013, p. 42.

⁷³⁸ BARROSO, Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde...

e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde” (Resolução CNJ nº 107/2010), seguido da promoção de “Jornadas de Direito da Saúde” (2014, 2015 e 2019), nos quais se deu amplo debate sobre o tema e, pode-se dizer, até mesmo uma autorreflexão do Judiciário a respeito de seu papel na programação da saúde pública. Mais recentemente, há quem aponte que mesmo a partir do ajuizamento de ações individuais, seria possível aplicar **técnicas de agregação**, como fixação de teses de repercussão geral e de recursos repetitivos nos tribunais superiores e o uso de novos instrumentos como o incidente de resolução de demandas repetitivas, para além do ajuizamento direto de ações coletivas, que pouco ocorrem na prática e que pouco incentivo têm para aumentar, dado que seu índice de sucesso é inferior ao das ações individuais, cuja procedência é quase certa.⁷³⁹

Não se pode perder de vista, ainda assim, que é preciso cautela em relação à **legitimidade** do Poder Judiciário para fazer essa alocação de recursos. Embora não haja dúvida que a Constituição brasileira esteie no Judiciário a garantia de que o Estado seja promotor dos direitos do cidadão, é preciso notar, para além de questões de competência formal, que há efeitos colaterais das *deslegitimação* das instâncias administrativas, cujo déficit de deferência judiciária lhes reduz a importância e, assim, diminui o incentivo para que recebam investimento, qualifiquem-se e melhorem suas decisões (já que elas pouca importam).⁷⁴⁰ Tendo em vista que tais decisões podem afetar entes de diferentes níveis federativos, com diferentes características demográficas e portes orçamentários, esse aspecto se torna ainda mais relevante a partir do entendimento fixado pelo STF — cujo aprofundamento extrapola os escopos desta tese — de que não pode haver limitação territorial da coisa julgada em ações coletivas.⁷⁴¹

⁷³⁹ Cf. BRASIL; INSPER, *Judicialização da saúde no Brasil*, p. 129–133, apurando menos de 3% de “ações coletivas” sobre o tema, incluindo “ações civis públicas” que, na verdade, tratam de direitos individuais. — Propondo o tratamento coletivo dessas ações: SALLES, *Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil*, p. 815. O mesmo autor, em outro artigo, propõe a extensão automática à coletividade de direitos sociais, a partir do trânsito em julgado de seu reconhecimento individual (atraindo a questão da legitimidade na realocação de recursos em larga escala): SALLES, Carlos Alberto de, *Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais*, in: CIANCI, Mirna *et al* (Orgs.), *Em defesa de um sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143–159. — Sugerindo, ainda, *de lege federenda*, o uso de “técnicas de coletivização de pretensões individuais”, como as previstas em anteprojeto da Lei de Controle Judicial de Políticas Públicas: COSTA, *Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil*, p. 230.

⁷⁴⁰ Tal percepção, obtida com foco nas instâncias administrativas de solução de controvérsias, é de: TAKAHASHI, *Jurisdição e litigiosidade*, p. 116.

⁷⁴¹ STF, Pleno, RE 1.101.937, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgamento 8 abr. 2021; DJE 14 jun. 2021, em que se fixou a tese de Repercussão Geral nº 1.075, no sentido de que “é inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original”.

Isso não quer dizer que a via judicial deva ser fechada. Não se pode negar que o Judiciário tem importante papel impulsionador da revisão da gestão administrativa, o que é um impacto *positivo* da judicialização. O que não se pode admitir é que a consolidação de um sistema em que agentes “insulados e independentes do controle social” se tornam “peças incontornáveis na definição de prioridades para a política de saúde”.⁷⁴² É preciso refletir e *decidir* em que medida a “interferência judicial negativa deve ser considerada um dano marginal, absorvível pelo sistema”⁷⁴³ e quando se torna um dano mais que marginal. Essa decisão, evidentemente, não pode ser feita no contexto da “ilusão da suficiência”, de modo que outras instâncias, políticas e — tendo em vista a baixa deferência às soluções legislativas e administrativas que existe nessa matéria — judiciárias, precisam assumir o ônus político de se posicionar sobre alguns limites dessa trágica escolha, cientes de que *manter esse modelo também é uma decisão*, a qual, porém, mantém o conforto ilusório do tomador de decisão às custas dos impactos sistêmicos demonstrados.

Diante disso e dos dilemas presentes no universo de soluções possíveis desta matéria (cf. 5.2) — mais do que outros aspectos como o congestionamento judiciário —, a busca por alternativas de métodos se mostra premente.

5.3.2. Uma alternativa a comparar: “câmaras” administrativas de “mediação”

Diversas medidas têm sido experimentadas como alternativas para o tratamento das demandas por fornecimento público de medicamentos. Além de iniciativas legislativas, como a reforma da Lei 8.080/1990 e a já citada criação de comitê permanente de reavaliação dessa política pública (CONITEC), destacam-se iniciativas administrativas, por vezes com apoio de órgãos do sistema judiciário, que visam a reinserir o demandante no fluxo ordinário do SUS.

Em vários Estados, foram instaladas “câmaras”, algumas nomeadas como “de mediação”, para solução de conflitos relacionados às prestações de saúde pública. A diversidade

⁷⁴² WANG; VASCONCELOS, O impacto institucional da judicialização da saúde pública no Brasil, p. 117.

⁷⁴³ Nessas proporções, não se está diante de circunstância em que se possa admitir que a “interferência judicial negativa deve ser considerada um dano marginal, absorvível pelo sistema”, conforme cogitado em SALLES, Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil, p. 814.

de procedimentos adotados, somados aos plurívocos sentidos de “mediação”, no entanto, fazem com que seja necessária atenção para que tais “métodos” sejam compreendidos e, principalmente, para que seja possível extrair inferências sobre qual é seu papel nessa política de resolução de controvérsias.

Quadro 20 – Câmaras Administrativas genéricas vs. especializadas em saúde (2022)

	câmara administrativa genérica	notícia de efetiva instalação	câmara específica de saúde pública	notícia de efetiva instalação
UNIÃO	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
AC	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
AL	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
AP	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
AM	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
BA	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
CE	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
DF			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
ES	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
GO	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
MA				
MT			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
MS	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
MG	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
PA	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
PB	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
PR	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
PE	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
PI			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
RJ	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
RN				
RS	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
RO				
RR			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
SC	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>		
SP	<input type="checkbox"/>			
SE				
TO				

Elaboração própria (cf. Anexo III)

Dentro desse quadro, a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) do Estado do Rio de Janeiro é paradigmática. Reporta-se que desde sua instituição em 2013, agraciada no ano seguinte com indicação ao “Prêmio Inovare”, até 2020, “foram realizados mais de 80 mil atendimentos a pessoas que preferiram não ir à Justiça para reclamar que suas demandas não foram atendidas na rede pública de saúde”, período em que seu “índice de resolução administrativa extrajudicial” passou de 35% para 68%.⁷⁴⁴ Tão importante quanto tais resultados, contudo, é compreender como se chegou até eles e, antes disso, o que os motivou.

Os motivos de criação da CRLS estão expressos em acordo interinstitucional entre União, Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro.⁷⁴⁵ Sintomático da força que o mote da desjudicialização tem nesse meio, a primeira motivação expressa no instrumento trata do decréscimo de demandas judiciais decorrente de experiência prévia tida com “expediente administrativo de solução de medicamentos” que fora instituído entre as advocacias públicas estadual e municipal e respectivas secretarias de saúde. Mais importante que a desjudicialização em si, porém, é a sugestão de que houve menos controvérsias em razão da instituição de novo procedimento administrativo, graças à percepção de que o fluxo então existente precisava de mais uma via. Além de facilitar *resolução* das demandas postas, trata-se de *solução preventiva*, por meio de mudança da conduta da parte estatal prévia à controvérsia, que oferece um **modo alternativo de atendimento ao cidadão**.

Nesse ponto, é igualmente sintomático que o papel do Tribunal de Justiça no acordo seja “designar mediadores” e “supervisionar e coordenar a atividade de mediação da CRLS” (cláusula 3.6). Não se trata, portanto, de exercício da típica função judiciária de prestação jurisdicional, senão no sentido alargado de promoção de acesso à Justiça,⁷⁴⁶ acompanhado do constante argumento da necessidade de redução do acervo judicial. Essa intervenção é ilustrativa da concepção que atrela a solução de conflitos aos tribunais, nem que

⁷⁴⁴ ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Procuradoria Geral do Estado, *Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) - Consenso*, Portal da PGE-RJ, disponível em: <<https://pge.rj.gov.br:443/mais-consenso/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>>. acesso em: 25 nov. 2022.

⁷⁴⁵ Cf. Convênio de Cooperação nº 003/504/2012, entre União, por meio da Defensoria Pública, Estado do Rio de Janeiro, por meio da Procuradoria Geral do Estado, Secretaria da Saúde, Defensoria Geral do Estado e Tribunal de Justiça, e Município do Rio de Janeiro, por meio da Procuradoria Geral do Município e Secretaria de Saúde municipal (Diário Oficial local de 15 jun. 2012).

⁷⁴⁶ Cf. GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, p. 20. Segundo a autora, “jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia (...) garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça”.

seja para chancela simbólica de um procedimento que, embora essencialmente administrativo, ressentir-se da falta de deferência jurisdicional. Nesse contexto, o valor da presença da corte como fiadora é inegável, assim como é a necessidade de se rever em que medida isso não é reflexo de um ciclo vicioso.⁷⁴⁷

A segunda motivação está relacionada à própria necessidade de que o acordo envolvesse todos os níveis federativos, por meio de seus Poderes executivo e judiciário e com as defensorias públicas que “assistem a maior parte das demandas”. Isso é preciso para organização interna da Administração, ou melhor, *das Administrações* envolvidas, cujo déficit de articulação se revela uma fonte da controvérsia e, por isso mesmo, um espaço de solução — o que remete à necessidade de compreensão de *quem é o Poder Público* envolvido, a fim de que haja **adequação das competências dos atores** envolvidos para a solução do problema (cf. 2.1.2). O acordo só é possível graças aos compromissos assumidos pelos órgãos técnico-gestores das respectivas secretarias de saúde: não bastaria reunir apenas órgãos jurídicos, o que remete, por sua vez, à necessária lembrança sobre a **limitação da perspectiva exclusivamente jurídica** em matéria de efetividade da solução (cf. 1.2.2).

De outro lado, isso está relacionado ao fato de que “a complexidade da estrutura do (...) SUS e o desconhecimento dos Programas de Saúde Pública, por vezes, dificultam a satisfação administrativa do interesse”, o que revela que uma parcela da conflituosidade não se reduz à resistência estatal à prestação devida, decorre da (des)organização constitucional e da forma como, na prática, a “Administração Pública” se apresenta ao cidadão — para quem pouco importa o ente público que o atenderá, mas sim a existência de meios que lhe proveja uma **comunicação funcional com essa truncada rede federativa**. Não por acaso, a principal atividade realizada pela CRLS é de triagem seguida de orientação ao cidadão sobre onde pode retirar o medicamento desejado ou equivalente terapêutico (cláusulas 2.2.1 e 2.2.2). Assim, a CRLS tem um papel aproximado à da figura do “(inter)mediador da República” francesa (cf. 3.1.3.2) e à aplicação de técnicas conciliativas no sentido de que *esclarecem* o conflito para os envolvidos e *otimiza o diálogo* entre eles. Trata-se de verdadeiro **atendimento administrativo, qualificado** por um desenho especial — cujo funcionamento depende de agentes treinados, com especial *escuta ativa*, desejável em *qualquer* atendimento de balcão, mas escassa e custosa,

⁷⁴⁷ A importância da “deferência do Judiciário em relação às decisões tomadas pelos órgãos administrativos de solução de controvérsia” é destacada, visto que seu déficit “pode fazer com que esses órgãos não se desenvolvam ou mesmo que os agentes administrativos não possuam incentivos para uma análise cuidadosa dos casos”, em: TAKAHASHI, *Jurisdição e litigiosidade*, p. 148.

acaba reservada a atender os desvios de padrão — visando à resolução ou à prevenção de controvérsias; nesse sentido, é uma política pública.

Finalmente, uma terceira ordem de motivação a destacar é a de que “os atendimentos realizados pela DPU e DPGE na área de saúde requerem, na maior parte dos casos, medidas urgentes para salvaguardar o direito do paciente”. Trata-se de constatação que decorre de análise de **(in)adequação dos atuais métodos aos interesses subjetivos do conflito**: dado que os pedidos de medicamento são deferidos liminarmente na larga maioria dos casos (cf. 5.3.2), o ajuizamento da ação acaba adiando a satisfação do interesse urgente da parte privada, sem benefício legítimo (e talvez com prejuízos) aos interesses do ente público, que em curto tempo terá de tomar a mesma providência que já poderia ter tomado administrativamente, sem os efeitos colaterais da judicialização, de modo que é possível melhorar a situação de uma das partes (a privada) sem prejuízo à outra parte (pública) — ou seja, ainda não se está na eficiência “ótima de Pareto”. Havendo opção alocativa mais eficiente, e sendo a eficiência um princípio jurídico-administrativo, tal alternativa será não só possível, mas, exceto se a ponderação com outros princípios revele o contrário, *juridicamente obrigatória a priori*.

Considerações semelhantes parecem caber às câmaras congêneres de outros Estados. Na “Câmara de Conciliação de Saúde” da Bahia, que reportou “índice de 80% de soluções (...) para cessão gratuita de medicamentos (...) reduzindo o número de ações na Justiça”,⁷⁴⁸ igualmente prevalece o caráter de atendimento qualificado,⁷⁴⁹ impulsionado pelo mote da desjudicialização, em acordo interinstitucional entre órgãos dos Poderes judiciário e executivo, contudo mais amplo, já que conta também com o Ministérios Públicos federal e estadual (que não aparecem no convênio fluminense). Por sua vez, com composição mais restrita, a “Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde” (CAMEDIS), do Distrito Federal, foi instituída exclusivamente pela Secretaria de Estado de Saúde, que a coordena, e pela Defensoria Pública, em modelo que coloca o cidadão em contato ainda mais direto (com menos intermediários) com o órgão administrativo, de modo que, apesar do nome da câmara,

⁷⁴⁸ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Câmara de Conciliação de Saúde resolve 80% dos casos na Bahia.

⁷⁴⁹ Cf. GONÇALVES, Cláudio Cairo, *A Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia e a processualização administrativa negocial*, Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. O autor afirma que “a experiência da CCS-BA não confirma a existência de uma processualização administrativa negocial”.

não há um “mediador”.⁷⁵⁰ Não muito diverso é o “Programa ACESSA SUS”, decorrente de acordo de cooperação entre Tribunal de Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública e Secretaria da Saúde, do Estado de São Paulo, e Prefeitura da respectiva Capital, que, em 2018, reportou índice de “solução de 74% dos pleitos, por intermédio do deferimento do pedido administrativo, da reorientação (...) ou ainda ofertando alternativas terapêuticas”.⁷⁵¹ Diferentes arranjos institucionais são possíveis, mas nenhum deles prescinde da participação do órgão-técnico gestor: o problema é não menos administrativo que jurídico.

De fato, essas experiências denotam antes um consenso entre instituições que entre as partes em conflito de cada caso concreto. Funcionam como um negócio jurídico-processual guarda-chuva, típicos “protocolos institucionais” (expressão de Marco Antonio dos Santos Rodrigues⁷⁵²), que visam a instituir **processos administrativos alternativos**. Pouco mudam o *universo de soluções possíveis* para a Administração, que se mantém próximo (senão idêntico) ao existente se demandada em juízo, diferenciando-se deste por oferecer um meio de **comunicação mais eficiente entre cidadão e Estado**, que, a ver pelos índices reportados, não raramente se deparam com *conflitos contingentes* (e.g. solucionáveis pelo rearranjo institucional dos órgãos administrativos ou complementação da documentação médica), *deslocados* (e.g. interpretação do atraso como negativa de fornecimento), *mal atribuídos* (e.g. solicitado a ente federativo incompetente) ou mesmo *falsos* (e.g. existência de equivalente terapêutico).⁷⁵³

⁷⁵⁰ Cf. Portaria Conjunta nº 1, de 26 fev. 2013, entre a Secretaria da Saúde e a Defensoria Pública distritais (Diário Oficial local de 26 fev. 2013), e Portaria nº 571, de 29 ago. 2022, da Secretaria da Saúde do Distrito Federal (Diário Oficial local de 31 ago. 2022)

⁷⁵¹ *Acessa SUS é apresentado a secretários de Estado da Saúde em Brasília*, Ministério Público do Estado de São Paulo, disponível em: <<https://www.mpsp.mp.br/pt/w/acessa-sus-%C3%A9-apresentado-a-secret%C3%A1rios-de-estado-da-sa%C3%BAde-em-bras%C3%ADlia>>. acesso em: 26 nov. 2022. Da notícia consta que “após a implementação do ACESSA SUS, houve redução de 27% no número de demandas judiciais apenas no ano de 2017, o que representa uma economia de R\$ 205 milhões. Segundo dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Saúde, em 2018 a houve redução de mais R\$ 185 milhões, o que totaliza R\$ 390 milhões de economia para as cofres públicos. Integram o ACESSA SUS o MPSP, o TJ, a Defensoria Pública, o Estado e a Prefeitura de São Paulo”.

⁷⁵² RODRIGUES, *A Fazenda Pública no Processo Civil*, p. 382. O autor projeta essa possibilidade também no âmbito jurisdicional: “Por exemplo, poderia uma Procuradoria de Estado ou Município firmar um protocolo institucional com a Defensoria Pública, de modo que, nas ações que cuidem de prestações de saúde, a Defensoria apresente como prova documental o laudo médico que informa a doença do assistido e o tratamento necessário lavrados em hospital estadual ou municipal, respectivamente, evitando discussões quanto a uma eventual inidoneidade de laudo médico particular”.

⁷⁵³ DEUTSCH, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*.

Diante disso, a **nomenclatura “câmara”** deve ser entendida em termos. Não se trata de “câmara” no sentido dado pelo art. 167 do CPC⁷⁵⁴ ou às “instituições de mediação” do art. 41 da LMED⁷⁵⁵, em geral criadas por particulares estranhos aos conflitos,⁷⁵⁶ mas de espaço oferecido pela própria parte estatal que se rearranja institucionalmente para atender de modo diferenciado o cidadão cuja comunicação com a Administração, pelos meios ordinários, falhou. Podem assumir sentido de “câmara” de “solução consensual de conflitos no âmbito administrativo”, previsto no art. 174 do CPC⁷⁵⁷, e, no caso fluminense cujo órgão se vincula à Procuradoria do Estado, de “câmara administrativa da Advocacia Pública” (LMED, art. 32⁷⁵⁸), mas não necessariamente precisam ser tidas como tal, a ver pelo exemplo paulista, que, dando enfoque menos institucional, nomeou a iniciativa simplesmente de “programa”, denotando que se trata sobretudo de uma *política pública*.

Ademais, a qualificação dessas câmaras como “**de mediação**” ou “**de conciliação**” deve ser igualmente entendida em termos. Tal adjetivação, usadas nas câmaras baiana e distrital, pode ter sentido de técnica de facilitação comunicativa, tratando-se, a rigor, no caso de diálogo direto entre cidadão e Administração, de puro atendimento administrativo, exercício do **direito constitucional de petição** (CF, art. 37, XXXIV), caso em que se pode falar em “negociação”, a denotar diálogo informal, embora a expressão talvez seja evitada pelo sentido pejorativo que carrega, ou porque dela não decorreria um “negócio jurídico privado”; dúvida não há, porém, que origine *negócio jurídico-administrativo*.⁷⁵⁹ Tratam, nos casos em

⁷⁵⁴ CPC, Art. 167: “ Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional”.

⁷⁵⁵ LMED, Art. 41: “Art. 41. A Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em mediação, bem como manter relação de mediadores e de instituições de mediação”.

⁷⁵⁶ Embora possível também desenhos autocompositivos, intermediados ou não por terceiro, oferecidos por uma das partes privadas em conflito, a exemplo do realizado pelas companhias AirFrance e Tam para solução de acidentes aéreos: cf. OSTIA, *Desenho do sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*, p. 174–181.

⁷⁵⁷ CPC, Art. 174: “ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: (...)”

⁷⁵⁸ LMED, Art. 32: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: (...)”.

⁷⁵⁹ “A noção de negócio jurídico deva ser autorregulação de direitos *particularizados*, acrescendo-se os adjetivos público ou privado, conforme o caso, para tal regulação”: ARAÚJO, *Do negócio jurídico administrativo*, p. 170.

que se limitam a soluções pré-existentes na regulamentação administrativa, de exemplo de negociação sem concessões,⁷⁶⁰ demonstrando que **a utilidade de técnicas negociativas (= facilitativas de comunicação) não depende da disponibilidade do direito** ou mesmo de margens de renúncia.

Essa compreensão tem importância mais que vocabular. Primeiro, porque retiram dessas câmaras e de outras modalidades administrativas consensuais a sombra da desconfiança dos que ainda não estão convencidos de sua ordinariade legal (não se trata de “flexibilização do princípio da legalidade”), mesmo que talvez a aceitem pelo pragmático motivo da desjudicialização. Segundo, porque as fortalece, ao evitar frustração de expectativas sobre o que de fato podem cumprir. Terceiro, porque é transparente e informativa, em coerência com o propósito de tornar a comunicação Estado-cidadão mais clara e eficiente, em prol da credibilidade dos métodos consensuais e em respeito à urgência dos enfermos que precisam, em meio à miríade de alternativas que se lhe apresentam, saber discernir em que medida podem contar com tais câmaras ou outras como a autodenominada “Câmara de Mediação e Arbitragem da Cannabis e Saúde Latino-Americana”.⁷⁶¹

5.3.3. Experiência estrangeira: processos “estruturais” em matéria de saúde

“Greve judicial afeta 16 mil pacientes críticos” é a manchete de notícia do jornal *El Nuevo Siglo*, de 26 de novembro de 2012,⁷⁶² semelhante a outras que lhe precederam e sucederam, na Colômbia.⁷⁶³ Tais reportagens testemunham a direta relação entre judicialização

⁷⁶⁰ Explicando como “negociação não significa fazer concessões”: FISHER; URY, *Getting to Yes*, p. 77.

⁷⁶¹ Cf. CAMACAN, Câmara de Mediação e Arbitragem da Cannabis. Disponível em: <https://camacanlatam.com/>. Acesso em 21 jan. 2022. No portal, consta: “A CAMACAN LATAM é a primeira instituição especializada na administração dos métodos adequados para resolução de conflitos em Cannabis e Saúde, tanto no Brasil quanto na América Latina. Atuamos de forma ética e imparcial na resolução de disputas, através de procedimentos judiciais alternativos como: mediação, arbitragem e dispute boards”.

⁷⁶² *Paro judicial afecta 16 mil pacientes críticos*, *El Nuevo Siglo*, disponível em: <<http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/11-2012-paro-judicial-afecta-16-mil-pacientes-criticos>>. acesso em: 26 nov. 2022.

⁷⁶³ Agradece-se ao Professor Carlos Alberto de Salles, germinando o projeto desta tese anos antes de seu início, comentou sobre manchete parecida de recorte de jornal que lhe chamou atenção em viagem à Colômbia: Por paro judicial, Leonidas no ha podido frenar cáncer: ... Hay outros 500 casos similares, *El Tiempo*, 2006. — A notícia se repetiu em 2012, como citado e, depois, em 2014: *386 acciones de tutela en temas de salud están paralizadas por Paro Judicial*, *El Espectador*, disponível em: <<https://www.elespectador.com/colombia/mas-regiones/386-acciones-de-tutela-en-temas-de-salud-estan-paralizadas-por-paro-judicial-article-526548/>>. acesso em: 26 nov. 2022.

e tratamentos médicos em países latinos que, como o Brasil, constitucionalizaram tanto o acesso à saúde como a ampla possibilidade de judicialização de direitos sociais. Não se trata, contudo, de exclusividade latina, mas de fenômeno observado em todo mundo, com diferentes características, mas preocupações comuns.⁷⁶⁴

Estudo comparado de professores das Universidades de Ottawa e Tel Aviv aponta “tendências” sobre a densidade normativa do “direito à saúde”: (a) praticamente inaplicável em países de renda alta cuja saúde pública é financiada por tributos (*e.g.* Canadá, Reino Unido, Suécia e Nova Zelândia); (b) de maior aplicabilidade nos de renda alta ou média com sistema de seguro social ou competição gerenciada (*e.g.* Colômbia, Holanda, Hungria, Israel, Taiwan); (c) heterogênea nos que mesclam sistemas público e privado, como (c.1) EUA, de financiamento público focado em pobres e idosos; (c.2) Brasil, com direito constitucional expresso e massificação do acesso judiciário, sob críticas “a julgamentos telescópicos que distorcem prioridades e a racionalidade do processo”; (c.3) África do Sul, que também constitucionalizou o direito durante transição democrática e tentativa de redução de desigualdades, porém com controle judiciário mais coletivo, que têm tido “sucesso em impugnar políticas públicas irrazoáveis ou irracionais”, mas limitado alcance pela “abordagem muito modesta e incremental”, que dada a “escala de desigualdade no sistema impõe considerar se o conservadorismo judicial é o melhor”; (c.4) Índia, cujo status constitucional foi inferido pelo judiciário, com abordagens e implicações semelhantes às sul-africanas; (c.5) China, Nigéria e Venezuela, em que “a falta de justiciabilidade dos direitos à saúde e/ou a falta de independência judicial tornam os tribunais inefetivas”.⁷⁶⁵

Do ponto de vista material, em todos os países há o debate sobre o “núcleo mínimo” desse direito e as cortes tendem a ser mais relutantes em intervir em políticas estruturais e mais predispostas à intervenção individual, especialmente na América Latina. A conclusão dos autores é a favor do “caminho do meio da revisão administrativa quanto à justiça procedimental e à razoabilidade da tomada de decisão”, da **“responsividade pela**

⁷⁶⁴ Por todos: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri, *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?*, Cambridge (EUA): Harvard University Press, 2011. GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M., *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2008.

⁷⁶⁵ FLOOD, Collen M.; GROSS, Ayeal, *Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach*, *Health and Human Rights Journal*, v. 16, n. 2, p. 62–72, 2014. — Sobre os EUA, vale notar que o “Affordable Care Act”, popularmente chamado “Obamacare”, foi firmado em 2010 com provisões que só seriam efetivas a partir de 2014, depois de tal estudo.

razoabilidade” (processo de eleição de prioridades transparente e baseado em critérios claros), do escrutínio mais rigoroso de retrocessos de equidade e acesso e da lembrança de que não se pode pendurar nas batalhas legais todas as esperanças dos direitos humanos.⁷⁶⁶

Do ponto de vista processual, destaca-se, de um lado, o **paradigma de “justiciabilidade de alta intensidade”** da Colômbia,⁷⁶⁷ cuja Constituição de 1991 previu “atenção à saúde” como “serviço público a cargo do Estado” (art. 49) e *ação de tutela dos direitos constitucionais* (art. 86⁷⁶⁸). Pela Lei 100/1993, instituiu-se sistema de Plano Obrigatório de Saúde (POS), contributivo ou subsidiado, a ser prestado por Entidades Promotoras de Saúde (EPS), em geral privadas. Logo surgiu uma massa de *tutelas* ajuizadas e a Corte Constitucional da Colômbia (CCC) fixou jurisprudência que as admitia ou em casos de indevida recusa de tratamento já listado no POS ou, excepcionalmente, de tratamentos não listados em hipóteses similares às previstas, no Brasil, pelo STF e pelo STJ,⁷⁶⁹ cabendo à Administração reembolsar as EPS dos atendimentos extraordinários. Sob críticas de incentivar “litigância inadvertidamente enviesada em favor da classe média” de um “governo de juizes”,⁷⁷⁰ a CCC, na esteira de seu paradigmático caso dos *desplazados*,⁷⁷¹ proferiu, em 2008, **decisão de**

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 69–70.

⁷⁶⁷ YOUNG, Katharine G; LEMAITRE, Julieta, The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa, *Harvard Human Rights Journal*, v. 26, p. 38, 2013, p. 184–197.

⁷⁶⁸ Constituição da Colômbia (1991), Artigo 86: “Toda pessoa terá ação de tutela para reclamar ante os juizes, em todo momento e lugar, mediante procedimento preferencial e sumário, por si ou por quem atue em seu nome, a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, quando estes resultem vulnerados ou ameaçados por ação ou omissão de qualquer autoridade pública” (tradução livre). — As *acciones de tutela* são aproximadas ao *amparo* de outros países latino-americanos e do *mandado de segurança* brasileiro, com algumas particularidades, como a informalidade e a simplicidade dos requisitos processuais. Em matéria de saúde pública, são mais usadas que outras como as *acciones populares* e *acciones de grupo*: YAMIN; GLOPPEN, *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?*, p. 108.

⁷⁶⁹ No Brasil, vide Repercussão Geral nº 500 do STF e Tema Repetitivo nº 106 do STJ. Na Colômbia, a jurisprudência indicava que, nesses casos, devia-se apresentar, cumulativamente: (i) ordem médica, (ii) risco à vida ou integridade pessoal, (iii) impossibilidade de custeio pela própria pessoa, (iv) possibilidade de custeio pelo Estado: YOUNG; LEMAITRE, The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa, p. 189.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 190.

⁷⁷¹ **Caso Desplazados (Colômbia, 2004)**: Trata-se do julgado T-025, de 2004, da Corte Constitucional da Colômbia, que reconheceu um “estado de coisas inconstitucionais” a respeito da condição das mais de três milhões de pessoas desalojadas por razões de violência, proferindo uma “macro sentença” que estabeleceu *processo estrutural* a partir do qual dezenas de medidas administrativas, além de audiências públicas, foram ordenadas sob jurisdição da Corte. O caso é internacionalmente reconhecido como paradigma de processo estrutural. Propondo a questão “quanto tempo uma corte ativista consegue sustentar um processo que tem claros custos institucionais e políticos?” e avaliando que o caso teve (i) alto impacto de desbloqueio da política pública, (ii) parcial efeito deliberativo, com participação popular, mas nem sempre igualitária e modestos (ii)

reforma estrutural (*Sentencia T-760*⁷⁷²) que ordenou à Administração revisão de listas e adoção de meios extrajudiciais de solução de conflitos, em meio a um contexto de crise, com falência de EPS's (em parte por atraso de reembolsos) e protestos contra regulamentações que limitavam serviços (*e.g.* tratamentos de alto custo) e eram vistas como *captura* da indústria de saúde, mais tarde declaradas inconstitucionais pela CCC.⁷⁷³

Esse modelo tem efeitos mais concretos, mas, por isso mesmo, requer olhar mais administrativo que jurídico do tribunal interventor. No caso da *Sentencia T-760*, passada uma década da decisão, relata-se que seu efeito foi positivo (i) na consolidação de consensos sobre tal direito (e de seus limites), (ii) na universalização de seu acesso (com equiparação dos regimes contributivo e subsidiados), (iii) na atração de investimento público para o setor e expansão da lista de tratamentos cobertos, e (iv) no envolvimento de órgãos de controle; porém, foi questionável (i) diante do paradoxal aumento de *tutelas* sobre os tratamentos já incluídos no POS, o que indica tanto um descompasso administrativo em atender à expansão do sistema como um sinal de enraizamento da cultura da judicialização da saúde, (ii) da escala tomada pelas decisões judiciárias na elaboração da política pública administrativa, (iii) da sustentabilidade da intervenção face ao orçamento público geral e (iv) da equidade de acesso.⁷⁷⁴ Ilustra-se, assim, não só a tensão que o modelo coloca entre os Poderes do Estado, como também a necessidade de se reconhecer as *soluções efetivamente possíveis* dependem dos limites das capacidades institucionais de quem as lidera.

efeito de coordenação da burocracia pública e (iv) “efeito de política pública”, pois, embora tratasse de verdadeiro planejamento seguido de execução de atos da burocracia estatal, teve eficácia “escassa”: RODRIGUES-GRAVITO, Cesar; RODRIGUES-FRANCO, Diana, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional Transformó el Desplazamiento Forzado en Colombia*, Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 64–65; 276–277.

⁷⁷² *Sentencia T-760 (Colombia, 2008)*: tal decisão aglutinou o julgamento de 22 *tutelas*, estabeleceu enquadramentos jurídicos sobre o direito à saúde, e reconheceu que “como o direito fundamental à saúde é limitado e, portanto, o plano de benefícios não precisa ser infinito, mas pode ser circunscrito para cobrir as necessidades e prioridades de saúde determinadas pelos órgãos competentes para alocar com eficiência os escassos recursos disponíveis, a Corte Constitucional em inúmeras sentenças negou serviços de saúde solicitados por meio de tutela”: REPÚBLICA DE COLOMBIA, Rama Judicial, *Sentencia T 760-2008*, Bogotá: Corte Constitucional, 2008, p. 43. — Ao contrário do caso dos *desplazados*, nesta não houve reconhecimento de “estado de coisas inconstitucionais”.

⁷⁷³ YOUNG; LEMAITRE, The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa, p. 197–210.

⁷⁷⁴ RESTREPO-ZEA, Jairo H.; CASAS-BUSTAMANTE, Lina P.; ESPINAL-PIEDRAHITA, Juan J., Cobertura universal y acceso efectivo a los servicios de salud: ¿Qué ha pasado en Colombia después de diez años de la Sentencia T-760?, *Revista de Salud Pública*, v. 20, p. 670–676, 2020.

Do outro lado, destaca-se o **paradigma de “justiciabilidade de baixa intensidade”** da África do Sul,⁷⁷⁵ cuja Constituição de 1996 previu que “todos têm direito a serviços de saúde”, mediante “medidas razoáveis, dentro dos recursos disponíveis”, e que “ninguém pode ter recusado tratamento médico urgente” (§ 27). Na jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul (CCAS), prevalece o escrutínio procedimental da razoabilidade dos atos governamentais na estruturação da política pública, evitando tratar da matéria como direitos subjetivos de justiciabilidade individual.⁷⁷⁶ Na esteira de precedente (relacionado à política habitacional⁷⁷⁷) que abriu as portas para um escrutínio mais profundo da razoabilidade de políticas públicas, a CCAS, em 2002, proferiu paradigmático julgamento (*Caso TAC*⁷⁷⁸) em que, embora sem determinação de reformas estruturais, exigiu parâmetros de transparência maiores, em especial em relação aos mais vulneráveis, refletindo um “utilitarismo sopesado” da CCAS que preferiu reconhecer os ônus especiais da população carente do que definir contornos para o “mínimo substancial”.⁷⁷⁹

Esse outro modelo gera menor tensão entre os Poderes do Estado, mas também pode resultar em menor efetividade. Nesse ponto, cabe notar que a disposição interventiva das cortes depende de sua força institucional, pois a inefetividade da intervenção pode desmoralizá-la. A exemplo do histórico da Suprema Corte dos EUA (cf. 3.2), a CCAS também é atenta à

⁷⁷⁵ YOUNG; LEMAITRE, *The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa*, p. 184–197.

⁷⁷⁶ No *Caso Soobramoney vs. Minister of Health (África do Sul, 1998)*, a CCAS entendeu que a diálise requerida era medida de prolongamento de vida, mas não de emergência, bem como que a política hospitalar que priorizava pacientes com chances de recuperação (o que excluía o demandante, que não era elegível para transplante de rim) era “razoável”. O caso recebeu atenção porque, uma semana depois da decisão, o demandante faleceu: cf. GAURI; BRINKS, *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, p. 1014–1021.

⁷⁷⁷ *Caso Government of the Republic vs. Grootboom (África do Sul, 2001)*, em que a CCAS entendeu que a política habitacional não era razoável por falhar em relação a indivíduos e grupos vulneráveis. De modo extraordinário, a Corte escrutinou o governo com “perguntando questões que claramente iam além dos parâmetros de racionalidade no processo de tomada de decisão”: YOUNG; LEMAITRE, *The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa*, p. 201.

⁷⁷⁸ *Caso Minister of Health vs. Treatment Action Campaign - TAC (África do Sul, 2002)*, em que a TAC, uma organização ativista, pleiteou ao governo o fornecimento de medicação (Nevirapine, um anti-retroviral) que prevenia a transmissão de mãe para filho do vírus HIV/AIDS entre mães. A CCAS entendeu que o governo não foi razoável e determinou que o governo removesse as restrições que impediam hospitais de ministrar a medicação, bem como que tomasse medidas “razoáveis” que facilitassem seu acesso para casos indicados. No julgamento, chegou a emitir juízos como o da proporção do custo dessa iniciativa frente às necessidades de combater a epidemia do HIV que, no entender da Corte, era prioritária na sociedade sul-africana: REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, Constitutional Court, *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 1)*, [s.l.]: Constitutional Court, 2002.

⁷⁷⁹ YOUNG; LEMAITRE, *The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa*, p. 202–203.

conjuntura política: em 1997, apurou-se que apenas 27,9% dos sul-africanos apoiariam decisões impopulares da CCAS (nos EUA, o índice era de 76%).⁷⁸⁰ No *Caso TAC*, ademais, o governo eleito tinha posições negacionistas dos consensos científicos sobre a AIDS, de modo que tensionar a relação entre os Poderes poderia minar a necessária cooperação para concretizar reformas que, de fato, foram efetivadas apenas parcialmente e em graus variados entre as províncias sul-africanas.⁷⁸¹ Nesse quadro, a atuação do Legislativo e, principalmente, da sociedade civil (com destaque para a atuação da própria organização autora do Caso TAC), foi importante para pressionar a Administração na obtenção de resultados.⁷⁸² Diante disso, e de outros casos paradigmáticos da CCAS, autores apontam que cabe ao tribunal analisar a oportunidade de decisões estruturais, as quais podem ter efeito positivo de aumentar o custo político do descumprimento, sendo especialmente eficazes em casos em que o problema é a mera inércia governamental, mas que podem gerar desgastes em vão em casos em que a Administração Pública simplesmente não tem condições de cumprir o que for ordenado.⁷⁸³

Diante desses exemplos, nota-se que processos judiciais estruturais estão vinculados a uma espécie de *adequação circunstancial* em que não só trazem questões de legitimidade, como inegavelmente requerem análises de caráter político por parte dos tribunais, bem como medidas de verdadeira gestão administrativa. A antecipação dos Estados brasileiros com a criação das “câmaras administrativas” pode ser uma saída mais adequada pois, ao menos no contexto nacional, tem demonstrado conseguir articular diferentes esferas federativas e de poder sem entrar nessas discussões. Embora não se trata de uma solução estrutural *judicial*, não se pode negar seu poder de *reforma*.

5.4. CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

⁷⁸⁰ HAUSMAN, David, When and Why the South African Government Disobeys Constitutional Court Orders, *Stanford Journal of International Law*, v. 48, n. 2, p. 437–456, 2012, p. 441.

⁷⁸¹ Talvez tentando obter cooperação, no Caso TAC, a CCAS fez a simbólica afirmação de que “o governo sempre respeitou e executou as ordens desta Corte” e, por isso, “não [havia] razão para acreditar que não faria o mesmo nesse caso”: *Ibid.*, p. 438.

⁷⁸² GAURI; BRINKS, *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, p. 822.

⁷⁸³ HAUSMAN, When and Why the South African Government Disobeys Constitutional Court Orders, p. 453.

5.4.1. Indicativos de objetivos (interesses) públicos

A política de solução de demandas por medicamentos é integrante da **política social e econômica** da saúde (CF, art. 196). Dada a finitude dos recursos, requer que a organização social (= o Estado) *assuma escolhas*, o que coloca um dilema moral, pois a razão humana não admite que se valorem vidas senão como inestimáveis e merecedoras de esforços sem limites, preferindo paradoxos a decisões racionais de eficiência diante de “escolhas trágicas” como essas. Por outro lado, a mesma moral impõe a adoção de regras universalizadoras (é ético se desejável para todos), o que alça a isonomia como um critério válido para tais escolhas trágicas do ponto de vista coletivo, que devem visar à concretização dos fins da República: a liberdade, justiça e solidariedade social, o desenvolvimento nacional, a redução de desigualdades e o bem de todos (CF, art. 3º). Como sói na Administração Pública, visa-se, portanto, ao melhor resultado *possível* para a sociedade *como um todo*, o que inclui esforços solidários *redistributivos*.

As diretrizes de interesse público são, assim, mais claras sob o olhar macroscópico. Isso é importante porque o princípio da *legalidade* requer **racionalidade** (= ausência de arbitrariedade) nas decisões estatais, a qual, como visto, é especialmente difícil de ser colocada em prática quando usadas lentes microscópicas para analisar demandas por medicamentos. Por tal motivo, é preferível o tratamento coletivo dessas controvérsias, pois o tratamento individualizado, embora admitido no sistema, afasta a racionalidade (por meio da *ilusão da suficiência*) e, conseqüentemente, prejudica desdobramentos importantes da legalidade, como o princípio da programação orçamentária e regras de licitação — não porque se sobreponham à vida, mas porque seu uso racional permite salvar *mais vidas*. Nesse sentido, há prejuízo também à **eficiência** — não a relacionada à acumulação de eventuais lucros, mas a relacionada à máxima extensão do próprio direito à saúde —, bem como a **impessoalidade**.

Não serve, nesse ponto, afirmar que *todos* teriam direito *incondicional* de acesso aos recursos públicos para tratamento de saúde. Primeiro, porque o argumento é falso, já que o acesso *incondicional* a uns implica *condicionar* o de outros — *paradoxo de suficiência* esse típico das *escolhas trágicas*. Segundo, porque impessoalidade não denota tratamento idêntico, mas ausência de privilégios, admitindo-se tratar diferenciadas situações, com **distributividade**, fundamentada nas metas constitucionais de solidariedade e de redução de desigualdades, as quais ficam prejudicadas — em graus toleráveis ou não, discussão essa à parte — quando não são usados instrumentos de homogeneização.

À luz das citadas decisões do STF, pode-se até dizer que o princípio da *moralidade* tornaria lícito aceitar tal paradoxo, acentuado no tratamento individualizado do problema. A bem da verdade, inconsciente ou inconfessadamente, esta é, de fato, a *opção* feita atualmente. Tratando-se de *escolha pública*, porém, seria desejável prestigiar também o princípio da **transparência**. O Poder Judiciário tem iniciativas como a consolidação de entendimentos em “Fóruns” do Conselho da Justiça Federal, protagonismo esse, porém, questionável do ponto de vista da **legitimidade**, sobretudo nas matérias em que os tribunais são, paradoxalmente, pouco deferentes às decisões administrativas individuais que implementam regras coletivas em relação às quais eles próprios são deferentes — o que desfavorece a harmonia entre os poderes —, ou em que são pouco atentos ao **pacto federativo**. Diante disso, seria desejável que os mecanismos à disposição tanto do Poder Judiciário como do Executivo fossem usados para evitar, ao menos, que casos repetitivos sejam tratados como se não o fossem — o que desloca a questão para a adequação processual.

5.4.2. Comparações e indicativos de adequação

Conforme visto, o debate em torno da solução de controvérsias sobre o fornecimento público de medicamentos deu atenção, em um primeiro momento, à (a) efetividade do direito, o que, nesses casos que são urgentes por natureza, envolve (a.1.) celeridade e (a.2) exequibilidade. Em um segundo momento, abriu-se espaço para preocupação de ordem coletiva, relacionadas à (b) isonomia, em especial (b.1) igualdade de acesso e (b.2) homogeneidade das decisões. Ademais, além de ressaltar a importância do (c) impacto sistêmico das decisões, o estudo proposto relevou, ainda, mais uma perspectiva que merece atenção especial: (d) a capacidade institucional em tomar decisões sobre a tal controvérsia, em termos de (d.1) discernimento técnico com a profundidade necessária, (d.2) compreensão do problema na extensão necessária, (d.3) liberdade de decisão e (d.4) legitimidade para decidir.

Não há dúvida quanto à importância da primeira camada. Garantir a **efetividade** de direitos é missão própria do direito processual e, no caso em questão, **celeridade decisória** e **pronta exequibilidade** são indispensáveis para tanto. Não por acaso, decisões liminares em demandas de medicamentos, presentes em praticamente todos os processos sobre a matéria conforme os dados apontados, são exemplo recorrente de lições processuais a respeito de *medidas de urgência* e do novo mecanismo de *estabilização de tutela* introduzido pelo

CPC/2015.⁷⁸⁴ À parte de outras questões já estudadas entre processualistas, é importante perceber que só serão *efetivas alternativas* as que oferecerem rapidez e eficácia similares. Isso é um dificultador especial para modelos que pressuponham interpor etapas administrativas ao trajeto dessas demandas, pois não há por que o demandante optar por outra via quando tem à mão o direto e o quase instantâneo acesso à tutela judicial sumária.

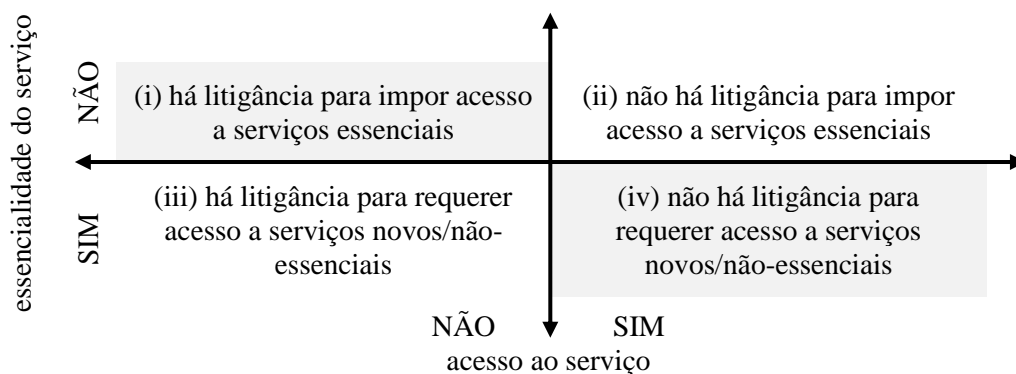
É compreensível, pois, que tenham se destacado as “câmaras administrativas” que contam com ativa participação da Defensoria Pública e do Poder Judiciário. Com mais informações sobre os trâmites administrativos, os defensores podem ponderar a pertinência da via extrajudicial concomitantemente ao aconselhamento sobre a judicialização da demanda. Pelo mesmo motivo, com arsenal informacional comum, espera-se que se reduzam decisões judiciais que causem desvio dos fluxos administrativos ordinários. O apoio simbólico do Poder Judiciário também importa em razão da deferência — sem a qual, como visto, qualquer alternativa é inócua — a essa solução de consenso que se dá entre instituições e que, se e quando aderida pelo demandante, passa a ser de consenso de todos os interessados. Nesse sentido, contrariando alguns preconceitos, tais câmaras são um interessante exemplo de que **vias consensuais podem ser mais isonômicas que a própria via judicial**, na qual o automatismo de liminares, em geral concedidas sem oitiva do réu ou (mesmo que ouvido) sem deferência à defesa, não está sujeito a mecanismos efetivos de homogeneização das decisões sumárias de cada juiz (que são imediatamente executáveis, antes mesmo dos respectivos recursos). Ainda do ponto de vista da *isonomia*, porém, é preciso estar atento à **igualdade de acesso**, não só em termos de garantir que a via esteja à disposição de quaisquer cidadãos, como também de evitar que canalize apenas as demandas dos mais pobres, como os atendidos da Defensoria Pública, reforçando o viés exclusivista da via judiciária.

Por sua vez, as **capacidades institucionais dos tomadores de decisão** — isto é, como as competências, as garantias, a estrutura e a composição da instituição a qualificam

⁷⁸⁴ Discorrendo sobre a adequação desse instituto e apontando uma “armadilha” ao indivíduo que pleiteia medicamento contra o Estado, já que, “se deferida e estabilizada a tutela provisória e, posteriormente, verificado que o remédio não foi eficaz para combater o mal que acomete o prejudicado, havendo necessidade de judicialmente buscar-se outro medicamento, o lesado só obterá o novo remédio com a prolação da sentença de mérito da ação revisional [da estabilização da tutela]”, de modo que “tal situação causará a imprestabilidade da jurisdição a ser concedida, pois, por certo, o litigante terá sua doença agravada por não dispor imediatamente da nova medicação”: ALVAREZ, Anselmo Prieto, Uma visão geral da tutela provisória no NCPC, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 82, p. 307–333, 2015.

para tomar uma decisão de interesse público⁷⁸⁵ — são aspectos que não podem ser negligenciados nessa análise de adequação. Para tanto, vale diferenciar situações, à luz do **Quadro 21**:

Quadro 21 – Litigância vs. essencialidade vs. acesso a serviços de saúde



Adaptado de: Banco Mundial (2012)⁷⁸⁶

Quanto à **profundidade no discernimento técnico**, deve-se ter em vista que controvérsias por medicamentos podem decorrer ou (i) do inadimplemento público no cumprimento de obrigações já reconhecidas como devidas pelo Estado (*e.g.* atrasos), caso em que a litigância indicará deficiências administrativas; (ii) de um equívoco de informação (*e.g.* o SUS oferece, sim, o tratamento pleiteado), caso em que será mais adequado o método que melhor puder esclarecer as partes (*e.g.* viabilizando a rápida autotutela administrativa) — as medidas de triagem administrativa já mostraram sua utilidade nessa hipótese —, ou decorrerá (iii) de um *conflito verídico* entre opiniões médicas (*e.g.* a alternativa terapêutica do SUS pode ou não substituir o tratamento pretendido), caso em que, se não houver terceira avaliação técnica imparcial, hipótese que apresenta como desafios à disponibilidade de tempo face à emergência do caso, o custeio⁷⁸⁷ e a escolha do terceiro-médico, resta fazer um juízo de valor a apontar qual

⁷⁸⁵ Em sentido próximo: BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 29.

⁷⁸⁶ WORLD BANK *et al*, *Universal health coverage and litigation in Latin America*, [s.l.]: World Bank Latin America and Caribbean Region (LAC), 2012.

⁷⁸⁷ Lembrando que, nos casos envolvendo a Fazenda Pública, deve-se privilegiar perícias realizadas pela própria Administração Pública: CPC, art. 91, §1º.

das opiniões já apresentadas prevalecerá, hipótese em que é preciso cautela, sob pena de que (iv) um juízo de valor descriterioso equivalha a uma desorganização das prioridades sociais.

Essa última hipótese deve receber atenção especial no caso brasileiro, em que o modelo desenhado induz juízos de valor predeterminados, em que a “litigância” é meramente formal, já que a discussão do mérito é superficial e não alcance o problema na sua verdadeira extensão. Nesse contexto, se a jurisprudência brasileira não calibrar seu grau de deferência administrativa como fizeram outros países, a judicialização individual, em que a prevalência da opinião do médico privado é quase certa, deve ser encarada não como uma escolha processual, mas como uma escolha de *resultado* igualmente quase certo àqueles que tenham acesso à via judicial. Isso é relevante porque, quando se elege uma instituição sem capacitação técnica como via de passagem para garantido atendimento de qualquer indicação médica, está-se, na verdade, delegando a esses médicos o efetivo poder de conduzir a política pública em questão. Casos oportunistas à parte, isso pode chegar a graus insustentáveis, como no paradigmático caso da fosfoetanolamina.⁷⁸⁸

O **recorte da faceta exposta** da controvérsia (coletiva ou individual), lembre-se, é determinante nesse ponto, ao induzir a compreensão do problema dentro da extensão apresentada (como visto, travestindo-se, por vezes, em ações *pseudoindividuais* ou *pseudocoletivas*). A alternância para a perspectiva coletiva, por sua vez, coloca a questão da **legitimidade** para decidir, a qual também é sopesada em graus de deferência administrativa — nenhuma deferência é indicativa do esvaziamento do outro poder, extremo oposto da subserviência —, sobretudo no contexto brasileiro em que, conquanto não se possa afastar em tese a intervenção judiciária, tampouco se pode excluir a *responsividade* necessária de quem avoca a *escolha pública* de priorizar uma solução alocativa. Deve-se lembrar, ainda, que a **liberdade de decisão** judiciária é diferente da administrativa a ponto de o *universo de soluções efetivamente possíveis* se alterar, o que não necessariamente é ruim desde que se tenha

⁷⁸⁸ Caso em que um professor universitário que teria descoberto um remédio para câncer (fosfoetanolamina, conhecida como “pílula do câncer”) e que, mesmo sem procedimentos científicos conclusivos, resultou em 13 mil liminares deferidas, entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, determinando à Universidade de São Paulo que fornecesse o medicamento: BRASIL; INSPER, *Judicialização da saúde no Brasil*, p. 13; BUCCI, Maria Paula Dallari, Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas, in: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.), *Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31.

consciência que o papel judiciário, nesse caso, será não só de julgar, mas de efetivamente ser responsável pelo *único* acesso a certas soluções (e.g. custeios extraordinários).

Diante disso, mais que simplesmente pensar em novas formas para os mesmos métodos (tutela individual vs. coletivas) ou em novos métodos com as mesmas formas (julgamento administrativo ou judiciário), esse tipo de demanda invoca refletir sobre **novos arranjos institucionais** (e.g. “câmaras” que envolvam a interação com diferentes esferas de poder conforme o caso triado) à luz de como seu conjunto impacta o sistema de interesses públicos como um todo.

5.4.3. À guisa de conclusão: impactos sistêmicos na análise de adequação

Não é difícil intuir que soluções de controvérsias sobre prestações sociais, por seu fundo transindividual, tenham impactos sistêmicos. O debate não é novo entre estudiosos sobre a judicialização de políticas públicas, que já avança em questões como a legitimidade decisória inclusive,⁷⁸⁹ tampouco exclusivo das prestações de saúde. É importante notar, todavia, como aponta Helena Campos Refosco ao estudar demandas por vagas em creches, que, por vezes, a repetição dos modelos vigentes de litigância pode estar comprometendo a percepção da “necessidade de exercício de criatividade institucional”.⁷⁹⁰ Isso é relevante pois não basta

⁷⁸⁹ O debate inclui até mesmo um Projeto de Lei (nº 8.058/2014), que chegou a ser arquivado em janeiro de 2019, depois desarquivado em abril de 2019 e desde então aguarda deliberação parlamentar. Ideias antecedentes ao projeto foram debatidas em: GRINOVER, O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. — A propósito, Carlos Alberto de Salles discorre sobre duas “faces” do problema. A primeira é a da natureza dos remédios processuais empregados: medidas compensatórias (e.g. indenização pecuniária) teriam viés liberal, no sentido de que “no âmbito das relações privadas, não invade o campo da autonomia da vontade individual e, na esfera pública, preserva a segregação dos poderes do Estado”; para o autor, porém, há “completa inviabilidade” de seu uso para trata direitos sociais, pois “o direito à educação se atende com atividades de ensino, da mesma forma que o direito à saúde se atende com serviços de médicos. A incapacidade de disponibilizar uma medida adequada é equivalente a não apresentar resposta alguma”. A segunda face é a do âmbito da tutela, individual ou coletiva; para além de questões já mais amadurecidas no debate brasileiro, como a instituição de ações coletivas (e.g. Lei 7.347/85) e legitimação de atores para ajuizá-las, o autor chama atenção para possíveis interferências negativas nas ações coletivas pelas individuais, as quais poderiam ter um “efeito disfuncional” (i) ao ensejar uma apreciação judicial incompleta, (ii) ao criar assimetrias entre sujeitos de idêntica situação e (iii) ao desorganizar políticas públicas: SALLES, Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil, p. 794–795; 805–806.

⁷⁹⁰ REFOSCO, Helena Campos, *Ação coletiva e democratização do acesso à justiça*, São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 319; REFOSCO, Helena Campos, Law, Development and Access to Education: A Brazilian Case Study of Class Actions, *Columbia Human Rights Law Review Online*, 2020, p. 22. Segundo a autora, demandas por vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo apresenta padrões similares, aos das demandas

consciência do potencial impacto; é preciso compreender seu funcionamento e, a partir de então, questionar se os arranjos institucionais existentes podem ser melhorados em prol de tomadas de decisão mais alinhadas com os objetivos públicos.

No caso das demandas por medicamentos, é perceptível como o **judiciário se tornou uma “comporta” no acesso à política pública**. Essa afirmação não seria problemática em uma concepção de “acesso à *justiça*” como acesso à “ordem jurídica justa”,⁷⁹¹ ou seja, como acesso desobstruído aos vários caminhos que levam todos, em igualdade de oportunidades, à satisfação dos direitos de cada um. No contexto estudado, porém, em que a judicialização individual representa uma via *excludente* para obtenção de um resultado quase certo, a questão se reduz, na prática, a mero “acesso ao *Judiciário*”, que se comporta com um ator “interno” da gestão da política pública (em certos casos, praticamente o único gestor: *e.g.* fornecimento público de medicamentos não licenciados pela ANVISA).

Os efeitos sistêmicos dessa circunstância apontam para a formação de uma verdadeira **política pública “paralela” de saúde**, que, paradoxalmente, sob argumento da *universalização*, é *focalizada* justamente em quem tem *vantagens comparativas* em termos de informação e de recursos necessários para judicializar seu atendimento, em detrimento daqueles que, provavelmente já marginalizados por outras razões, acumulam mais essa desvantagem em seu desfavor. Por mais que paradoxos sejam admitidos pela racionalidade jurídico-moral das “escolhas trágicas”, não se pode negar que o “impacto das cortes nas políticas de saúde se tornou grande demais para ser ignorado”, ante o cenário descrito por Daniel Wei L. Wang:⁷⁹²

Imagine uma política de saúde com as seguintes características: evidências científicas desempenham quase nenhum papel nisso, porque a análise rigorosa da eficácia ou segurança dos tratamentos não é um requisito essencial; a relação custo-eficácia dos tratamentos também não será avaliada e, portanto, a eficiência nos gastos públicos é ignorada; a distribuição dos beneficiários não é feita de acordo com qualquer princípio razoável de justiça distributiva, mas de acordo com a capacidade individual de litigar; e não importa se outras necessidades são mais urgentes, [se existem] possibilidades alternativas de

de saúde, na argumentação (em torno de separação de poderes, discricionariedade administrativa, direito subjetivo público), na tendência de procedência individual graças ao recorte do problema coletivo e no cumprimento de decisões judiciais com sacrifícios a interesses coletivos (como a limitação de crianças por sala) e a despeito do impacto da intervenção judiciária (*e.g.* dar vaga à criança com acesso judiciário em detrimento da ainda mais carente que não tem esse acesso e cuja mãe deixará de trabalhar para cuidá-la, agravando sua vulnerabilidade).

⁷⁹¹ Cf. WATANABE, Kazuo, Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses, *Revista de Processo*, v. 195, p. 381–389, 2011.

⁷⁹² WANG, Right to Health Litigation in Brazil, p. 629.

uso dos recursos, ou a preferência dos representantes eleitos, autoridades públicas ou outras partes interessadas, esta política tem de ser implementada. De qualquer perspectiva, esta seria uma má política de saúde e nunca cumpriria os requisitos de um sistema de saúde pública justo e eficiente. Porém, é assim que os tribunais brasileiros estão alocando uma quantidade significativa de recursos públicos ao fazer cumprir o direito de saúde como um trunfo individual contra as decisões de racionamento de saúde.⁷⁹³

Do ponto de vista de quem está envolvido na controvérsia, a política de acesso ao medicamento acaba se reduzindo ao acesso ao Judiciário. Atrai-se para a prestação social condicionantes que lhe são (ou deveriam ser) estranhas, como questões processuais (*e.g.* ter ou não a demanda sido suspensa em razão de expediente de coletivização), judicantes (*e.g.* vieses de julgamento) e de gestão judiciária (*e.g.* congestionamento, horários de plantão). Aspectos intrínsecos ao cidadão, como seu grau de informação, condição financeira e qualidade de representação em juízo (privilegiando os que estão em vantagem comparativa informacional e material⁷⁹⁴) tornam-se pré-requisitos de acesso. Ademais, incluem-se novos intermediários no sistema (*e.g.* advogados).

Do ponto de vista de quem está fora da controvérsia, também há impactos (e, nesse sentido, há uma *externalidade* desse tipo de litigância). Tratando-se de alocações rivais, o benefício a um cidadão reduz as capacidades públicas em atender outros.⁷⁹⁵ Essas intervenções, tradicionalmente conduzidas na seara política, podem acabar “customizando” uma política pública para o jurisdicionado — evidentemente, com *custos de transação* e de *oportunidade* maiores e com perda de *economia de escala* se comparada com a estrutura e o fluxo já existente para levar a política pública à grande população.

Demandantes como demandados compreendem esse cenário e respondem a seus **incentivos, adequando suas estratégias de ação**. Alguns autores apontam que litigantes habituais, como o Poder Público, tentarão se antecipar para influenciar na seleção dos casos a

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 617. O autor confirma o automatismo no julgamento favorável aos demandantes ao citar exemplos como o dos pedidos de insulina (90% favoráveis aos autores, 80% com menção de que independe de restrições orçamentárias) e de tribunais, como o do Rio de Janeiro e de outros quatro estados, em que o deferimento de liminares se dá em 95% a 100% dos casos.

⁷⁹⁴ Cf. SALLES, Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil, p. 815. Retomando a ideia de Marc Galanter de que “quem tem sai frente”, o autor aponta que essa vantagem informacional favorece quem já tem melhores condições sociais continue à frente dos mais desfavorecidos.

⁷⁹⁵ “O sucesso do pleito individual pode ter consequências ruinosas no âmbito coletivo. Isso ocorre sempre que a prestação exigida individualmente concorra ou dificulte aquela prestada de forma coletiva”: *Ibid.*, p. 802. Por outro lado, o autor ressalta também que, a depender de como decididas, podem trazer um benefício coletivo, como a construção de uma escola, que satisfaria tanto quem pleiteia a vaga como outras criança (p. 801).

servir de paradigma e para usar suas vantagens institucionais comparativas para influenciar o julgamento concentrado.⁷⁹⁶ Outros veem na via judiciária uma estratégica oportunidade de influenciar a construção de políticas públicas, em compensação ao déficit de oportunidades para exercer essa influência pela via política.⁷⁹⁷ Em todo caso, é preciso ter em mente que a litigância pode acabar se tornando **sucedâneo da própria atividade regulatória estatal** e que, em casos como os de saúde, ignorar que há instrumentos que distorcem a racionalidade dessa regulação é relegar a política pública a critérios de aleatoriedade, com efeitos *mais que marginais*, incompatíveis o Estado de Direito.

Como outros conflitos sociais, esses também têm de ser objeto de busca de soluções *possíveis*. A *adequação* processual, aqui, há de servir para orquestrar esse sistema afinando, no limite do factível, os instrumentos e arranjos disponíveis. Nesse cenário, câmaras administrativas despontam como uma interessante alternativa para promover a interação entre órgãos de diferentes níveis federativos e esferas de poder, dando uma solução estrutural ao problema. Não se pode perder de vista, porém, que nelas, assim como no judiciário, há um risco de canalização de demandas que tornam o acesso mais facilitado justamente a quem tem mais condições, em prejuízo à distributividade da política. Ausentes critérios objetivos para sopesar esse tipo de risco, mais uma vez, chega-se a um ponto em que não se pode negar o caráter político da escolha processual.

⁷⁹⁶ GUIMARÃES, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*, p. 169. — GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecilia de Araujo; COSTA, Susana Henriques da, *Are the Haves Getting Even More Ahead Than Ever? Reflections on the Political Choices Concerning Access to Justice in Brazil in the Search of a New Agenda*, *FGV Direito SP Research Paper Series n. 158*, v. <https://ssrn.com/abstract=2998779>, 2017. — ZUFELATO, Camilo; OLIVEIRA, Fernando Antônio, Perfil dos suscitantes de incidente de resolução de demandas repetitivas - uma análise empírica, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 21, n. 1, 2020.

⁷⁹⁷ Afirmando que o “judiciário tem uma importância estratégica nessa disputa simbólica: ser um ambiente no qual se discutem direitos (...) tal percepção da educação infantil como direito faz com que a força para sua reivindicação nos meios políticos se multiplique”: RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão de Barros, Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo, *in*: FRIGO, Darcy; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antonio Sergio (Orgs.), *Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular*, Curitiba: Terra dos Direitos, 2010, p. 105–127. — Afirmando que “a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”: BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 32.

TABELA 2 - IDEIAS-CHAVE NA POLÍTICA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

(cenário de dúvida sobre equivalentes terapêuticos; perspectiva da Administração “devedora”)

	perfil do conflito	horizontes de solução	alternativas de método
objetos/ objetivos	<p>Posições: direito individual vs. reserva do possível (<i>poder-dever</i> prestacional)</p> <p>Interesses: emergência pessoal vs. universalização da saúde</p>	<p>Zona de certeza: listas do SUS</p> <p>Zona de incerteza: efetividade dos equivalentes terapêuticos</p>	<p>Padrão: foco na “escolha trágica”, na judicialização</p> <p>Alternativa: foco na revisão do caso e reinserção ao sistema, na câmara administrativa</p>
sujeitos / instituições	<p>Micro: enfermo vs. Estado-provedor (por vezes, por meio de mais de um ente federativo)</p> <p>Macro: público geral interessado na distributividade, programação orçamentária e organização federativa; questões de assimetrias de informações e de acesso ao Judiciário em relação a terceiros</p>	<p>Competências: soluções dependem ou da restrita <i>autotutela</i> administrativa (c/ questões federativas) ou da ampla <i>heterotutela</i> de juízes (s/ limitações federativas)</p> <p>Capacidades institucionais: visão técnica e coletiva da Adm.; visão menos técnica e individual dos juízes, sujeita à <i>ilusão da suficiência</i></p>	<p>Padrão: atores da Adm. são incentivados à decisão unilateral e a aguardar <i>adjudicação</i> pelo Judiciário</p> <p>Alternativa: atores da Adm. são incentivados a antecipar <i>autotutela</i> ou <i>autocomposição</i> nas câmaras mediante rearticulação dos papéis das instituições públicas</p>
formas/ procedimentos	<p>Conflito estruturado: reivindicação de direito subjetivo vs. dever de prover do Estado</p> <p>Estruturas alternativas: e.g. comunicação com escuta mais ativa pela Adm. e prestação de informações</p>	<p>Em geral, decisões são determinadas por regulamentos infralegais (nacionais e locais), materializando-se por atos vinculados; casos especiais admitem análise, mas ainda tendem à padronização.</p>	<p>Padrão: conduta típica da Adm. é decidir unilateralmente e aguardar revisão judicial</p> <p>Alternativa: revisão em processo administrativo especial (“câmara”), mais flexível, mas ainda padronizado</p>
impactos / alternativas	<p>→ interesses públicos (isonomia e distributividade) são ocultados a depender das <i>posições</i> apresentadas</p> <p>→ estruturas alternativas podem reduzir assimetrias de informação e de acesso aos sistemas de saúde e de Justiça</p>	<p>→ falta de deferência judicial pode esvaziar o contraditório e as competências administrativas</p> <p>→ qualificação técnica pode melhorar decisão da Adm. e deferência judicial, bem como aproximação institucional (riscos à equidistância são compensados envolvendo <i>repeat players</i> como Defensoria Pública)</p>	<p>→ convivência de decisões contraditórias é inerente ao sistema; métodos podem fazê-las de escala menos ou mais marginal</p> <p>→ grau de individualização ou coletivização induz diferentes percepções morais, igualmente válidas, do problema e das soluções; vias plurais permitem essa dialética, <i>desde que não se anulem</i></p>

Elaboração própria.

6. POLÍTICAS DE SOLUÇÃO EM CONFLITOS RELACIONADOS A CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA

Contratos estão presentes na atividade estatal em geral. O Estado liberal só consegue concretizar atividades (até mesmo as de império) a partir de um plexo de contratos.⁷⁹⁸ Ao redor do mundo, gastos públicos representam em média 27% do PIB; no Brasil, 34,79% do PIB (2019).⁷⁹⁹ Além disso, a iniciativa pública proporciona infraestruturas para a iniciativa privada. É intuitivo, portanto, que a solução de controvérsias contratuais da Administração tenha importância sistêmica.

Este capítulo estuda, com vistas a esse contexto, a política estatal de solução de conflitos contratuais. Diferentemente dos conflitos de império e de prestações públicas (Capítulos 4 e 5), esse tema costuma ser estudado também fora do âmbito estatal, o que permite aproveitar pesquisas que não necessariamente focam o setor público; por outro lado, impõe um ajuste de perspectiva, uma vez que impactos sistêmicos sociais não são uma preocupação própria do setor privado.

⁷⁹⁸ GAUDIN, Jean Pierre, *Gouverner par contrat: l'action publique en question*, Paris: Sciences Po, 1999, p. 93. — No Brasil, ver: BREUS, Thiago Lima, *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismos de justiça distributiva*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. O autor afirma que a contratação pública foi elevada à principal técnica de implementação de políticas públicas, dada a “reconhecida eficiência alocativa dos mercados”, edificando relação “mais consensual e menos autoritária” com o Estado, cujo intenso uso tem obrigado à “formalização de novos mecanismos jurídicos de *gestão de contratos*” e imposto “ponderação entre os *sacrifícios em matéria de eficiência* e os *objetivos de políticas públicas*”, chamada “*contratação pública estratégica*”, que faz com que o “*government by contracts*” torna-se parte do “*gouvernement by policies*”. Nesta política, a *função social intrínseca* dos contratos é provedora de justiça comutativa, e sua função social *extrínseca* provê justiça distributiva, o que não pode ser negligenciado em países subdesenvolvidos, com o Brasil, cujo objetivo de superação do *déficit* de infraestrutura, contido nos contratos, está ligada ao desenvolvimento socioeconômico. Conclui o autor que, à luz da CF/1988 e da função legislativa em incutir valores coletivos na função do contrato, os contratos públicos têm por função (i) criar demanda de bens e serviços, (ii) induzir investimentos, (iii) criar concorrência e, assim, (iv) buscar “*justiça de natureza distributiva*, ações que os mercados *per se* não realizariam” (239-245; destaques originais).

⁷⁹⁹ WORLD BANK, *Expense (% of GDP) | Data*, The World Bank IBDR-IDA, disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/GC.XPN.TOTL.GD.ZS>>. acesso em: 23 out. 2022.

6.1. CONFLITOS EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

6.1.1. Macro-conflitos contratuais

A etapa pré-contratual é conflituosa por natureza. A eleição do projeto como prioridade para o interesse público é envolta em *conflitos latentes* (e.g. com os que tiveram outro projeto preterido, os que perderam a licitação, os que se opuserem por razões ideológicas), que podem se transformar em *conflitos manifestos* (e.g. em ações populares ou ações civis públicas contra o projeto). A necessidade de meios que garantam a sobrevivência das decisões tomadas nesse contexto, sob pena de nada se concretizar, é visível em casos concretos.

Para ilustrar, tome-se o caso da construção do Metrô de Mondego. O caso trata do projeto de prolongamento ferroviário para ligação entre Serpins e Coimbra (Portugal), demanda existente desde a década de 1930. Em 1989, redirecionou-se a discussão para implantação de um “Metrô Ligeiro de Superfície”. Nas décadas seguintes, novos estudos foram feitos, outros modais cogitados, investimentos reestimados, até que a maioria da população (mas não todos) acabou convencida que o melhor era abandonar o projeto anterior para aderir ao ônibus de trânsito rápido (BRT).⁸⁰⁰ Pôde-se vislumbrar, finalmente, uma *decisão* (mais) *informada*, ao contrário das etapas anteriores, em que falhas de informação levaram a expectativas irrealistas e a desperdícios de tempo, dinheiro e esforços com decisões que jamais chegariam ao resultado (ilusoriamente) esperado. As obras estão hoje em execução, mas ainda não sem questionamentos, como o levado a vereadores de Coimbra em petição, com duas mil assinaturas, promovida por organização não-governamental, em 2022, para se opor ao corte de cinco árvores do gênero “plátanos”, previsto para realização do projeto.⁸⁰¹

No âmbito administrativo, essas discussões se traduziram em emaranhado de “soluções” jurídicas. Esgotados os aditamentos contratuais, criou-se uma sociedade de propósito específico (SPE) de capital estatal, cujo controle acionário passou por diferentes entes estatais de nível local e nacional. Em seguida, lançou-se concurso internacional, anulado por ausência de acordo entre os Municípios impactados e a SPE. Novos acordos, projetos e

⁸⁰⁰ CALVO-POYO, Francisco *et al*, Citizens’ survey for the implementation of a new means of transport, *Transportation Research Procedia (Journal)*, v. 33, p. 251–258, 2018.

⁸⁰¹ *O MetroMondego pode passar, os Plátanos devem ficar*. Disponível em: <https://peticaopublica.com/pview.aspx?pi=PT113336>. Aceso em 29. Out. 2022.

concursos foram realizados — com algumas suspensões intermediárias, que geraram pedidos de indenização ao Estado na ordem de 29,4 milhões de euros —, o modal de transporte escolhido mudou para o *Tram-Train* e depois ônibus elétrico (“Metrobus”), até que, em 2020, houve a assinatura de um novo contrato de empreitada para execução da obra, em cerimônia na qual o Ministro das Infraestruturas e Habitação afirmou:

“Se quisermos perceber por que é que ao longo dos anos tantos cidadãos se têm afastado dos seus representantes ou não têm sentido representados e se vão afastando de uma participação mais convicta na democracia, podemos olhar para este exemplo. (...) Devo um pedido de desculpas em nome do Estado a um povo que não teve alternativa por sucessivos anos. (...) justiça é o que hoje se faz, tarde, mas mais vale tarde do que nunca: justiça ao povo, trabalhadores, às pessoas que usam esta linha para fazer a sua vida”.⁸⁰²

A complexidade do caso testemunha como, em projetos de infraestrutura pública, discussões podem (e, em certo grau, devem) se dispersar (entre diferentes níveis de governo, setores econômicos, grupos de pressão, moradores, políticos), de modo que, apesar de sua natureza difusa, também precisam de “pacificação” dos conflitos que lhe são subjacentes, para que o interesse público saia do plano das ideias.

O caso é ilustrativo também da necessidade de se lidar com a *falta de informação*. Além de legitimá-la, cabe ao procedimento prover informações necessárias para que a *decisão* seja (suficientemente) *informada* para que, quanto possível, alinhem-se as expectativas dos interessados e as condições reais de concretização do projeto. Não há surpresa na falta de sincronia entre aspirações políticas e populares e as limitações da realidade por questões tecnológicas, escassez de recursos, falhas cognitivas e de comunicação. Por isso mesmo, ao se tentar perseguir a legítima vontade popular, é um erro não reconhecer a existência dessas dissincronias e ignorar essas *limitações informacionais*, que ocorrem não só na esfera

⁸⁰² REPÚBLICA PORTUGUESA, *Duas novas empreitadas para construção do MetroBus do Mondego*, Portal da República Portuguesa, disponível em: <<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=duas-novas-empreitadas-para-construcao-do-metrobus-do-mondego>>. acesso em: 4 abr. 2021. Sublinhado. — O histórico do caso é reportado na seguinte monografia, que cita o livro “*Como não decidir uma obra pública – Um metro da razão ao erro*”, de C. Encarnação e J. Rebelo, 2012 (à qual não se teve acesso) como obra de referência do caso: PEREIRA, Alfredo Vicente, *Gestão de investimentos públicos em infra-estruturas ferroviárias: caso do metro do Mondego, lições e proposta de método de controlo preventivo*, Tese (Doutorado em Gestão Empresarial Aplicada), Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2016.

das cláusulas contratuais, mas também na própria decisão de celebrar o contrato. Riscos e revisões precisam ser normalizados e endereçados de modo que *convivam* com o projeto.⁸⁰³

O caso de Mondego exemplifica, assim, algo que não é difícil de intuir: se não houver mínima e consciente **legitimação da imperfeição da decisão** — de modo a colocar em prática o conceito de *ignorância racional* (cf. 1.2.3) —, os infundáveis questionamentos em seu entorno podem fazer com que a própria obra não tenha fim e que a inadequação de seu tratamento pode ser um agravante da crise de confiança da população em relação ao Estado.

6.1.2. Micro-conflitos contratuais: contratos incompletos, renegociações inevitáveis

Firmado o contrato, inaugura-se o âmbito de conflitos de micro-interesses entre contratante (a Administração Pública) e contratado, cuja relação tem caracteres especiais no âmbito da infraestrutura.

Pesquisa nos EUA⁸⁰⁴ apurou que esses “contratos públicos são 19,4% mais longos que os contratos privados”, em decorrência da sua natural exposição a imprevisibilidades, que os expõe a variáveis de caráter econômico (*e.g.* mudanças de oferta/demanda de seus recursos humanos e materiais e de crédito), político (*e.g.* mudanças do governo contratante, do governo regulador e dos integrantes da empresa contratada), social (*e.g.* mudanças na população atingida, nas prioridades sociais, na percepção de necessidade da atuação estatal), e até jurídico (*e.g.* mudança de legislação ou jurisprudência). Pelos mesmos motivos, são contratos cujos custos de desistência são especialmente altos (*e.g.* investimentos irrecuperáveis, os “*sunk costs*”⁸⁰⁵).

⁸⁰³ Indo além, pode-se entender que a operacionalidade do sistema depende da diferenciação entre decisões políticas e administrativas, para não sobrecarregá-las informacionalmente: LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 170.

⁸⁰⁴ MOSZORO, Marian; SPILLER, Pablo T.; STOLORZ, Sebastian, Rigidity of Public Contracts, *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 13, n. 3, p. 396–427, 2016, p. 409. Tradução livre. Os autores chamam de “contratos públicos” aqueles relacionados a “utilidades públicas” e firmados por companhias abertas (ditas “públicas” no direito norte-americano).

⁸⁰⁵ *Sunk costs* ou custos irrecuperáveis são aqueles que “não podem ser recuperados quando a parte abandona o curso da ação”, de modo a confrontar o investidor com a “difícil escolha sobre se faz mais sentido investir mais tempo e recursos em esforços para mudar o curso do projeto, ou simplesmente abandonar a empreitada de um modo que melhor limite as perdas, inclusive a exposição jurídica”: MALLOY, *Law and economics*, p. 62. Tradução livre.

Tal complexidade traz consigo uma maior exposição às falhas inerentes a qualquer relação contratual, descritas pela teoria dos “**contratos incompletos**” como lacunas decorrentes das limitações cognitivas dos contratantes em prever intercorrências e apreender informações (*racionalidade limitada*), dos custos para obtê-las (*incompletude extrínseca*), bem como da sua inaptidão em definir o próprio objeto a ser contratado, resultando projetos imperfeitos e ambíguos.⁸⁰⁶

Expoentes dessa teoria, Oliver Hart e Stanford Grossman apontam dois tipos de direitos em contratos: (a) direitos específicos (*specific rights*), que predeterminam detalhadamente obrigações e contraprestações, e (b) direitos residuais (*residual rights*), que dizem respeito à **alocação ex ante de “direitos de decisão ex post”**, predeterminando poderes de (re)negociação pós-contratual, relevantes na medida em que a incompletude dos contratos reflete precisamente “a impossibilidade de barganha *ex ante* sobre todos os aspectos do produto [contratual] a ser entregue”.⁸⁰⁷ Como resultado, podem ocorrer (i) abertura para oportunismos, aproveitando-se as partes da falta de previsão ou de clareza contratual para se comportarem de forma diversa da objetivada inicialmente; (ii) necessidade de revisão dos termos do contrato; (iii) controvérsias sobre a correta interpretação do contrato, caso em que “disputas podem ocorrer e terceiros podem ser trazidos para resolvê-los”.⁸⁰⁸

Em contratos com a Administração, essa dinâmica é tão relevante que, por vezes, é tratada até mesmo em lei. As chamadas “cláusulas necessárias” (ou “essenciais”) dos contratos administrativos (Lei 8.666/1993, art. 55; Lei 14.133/2021, art. 92; Lei 8.987/1995, art. 23) regulam direitos específicos, e as famigeradas “**cláusulas exorbitantes**” (Lei

⁸⁰⁶ NÓBREGA, Marcos, Análise Econômica do Direito Administrativo, in: TIMM, Luciano Benetti (Org.), *Direito e Economia no Brasil*, 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 410. — STAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de, Economia dos contratos, in: STAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Decio (Orgs.), *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*, São Paulo: Elsevier, 2005, p. 109.

⁸⁰⁷ HART, Oliver; GROSSMAN, Sanford J., The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, *Journal of Political Economy*, v. 94, n. 4, p. 691–719, 1986, p. 718. Neste clássico texto, os autores estudam o tema sob a ótica de que, quando uma firma adquire outra (integração vertical), o que a adquirente tem em vista é o controle sobre os tais “direitos residuais”, tornando-a menos suscetível às inseguranças decorrentes das sucessivas renegociações que seriam necessárias caso sua relação com a firma adquirida fosse meramente contratual. De acordo com os modelos econômicos dos autores, “a firma 1 adquire a firma 2 quando o controle da firma 1 aumenta a produtividade da sua gestão mais do que a perda de controle decresce a produtividade da gestão da firma 2” (*ibid.*, p. 691). Hart foi agraciado com o prêmio nobel de economia pelo seu trabalho no tema.

⁸⁰⁸ HART, Oliver, Incomplete Contracts and the Theory of the Firm, *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 4, n. 1, p. 119–139, 1988, p. 123.

8.666/1993, art. 65; Lei 14.133/2021, art. 104) nada mais são que predefinição de “direitos de decisão *ex post*”, cujos impactos sistêmicos são largamente comentados entre administrativistas, que as associam à ineficiência administrativa, práticas autoritárias, desvios de probidade, encarecimento dos custos de contratar com o Estado e, na medida em que criam um vetor contrário ao que foi acordado contratual, introduzem a *desconfiança* na genética do contrato administrativo.⁸⁰⁹ O interesse público é largo demais para ter como única via de passagem contratual esse tipo de prerrogativa unilateral, que ainda por cima acaba criando um vetor contrário ao que foi acordado contratualmente e, por consequência, colocando a *desconfiança* quanto ao seu cumprimento na genética do contrato.⁸¹⁰

Nesse sentido, **prerrogativas contratuais** da Administração, podem ser fonte de conflitos em si mesmas. Bem usadas, não funcionam diferente de qualquer direito potestativo previsto em contrato privado (*e.g.* contrato de opção; cláusula de denúncia; resolução por onerosidade excessiva superveniente). Mal compreendidas ou abusadas, porém, são fonte de controvérsias, revisões e oportunismos, como de resto ocorre com falhas contratuais em geral.

Essa falha se agrava em razão de **assimetrias de informação**, tanto dos agentes públicos em relação ao contratado — *e.g.* sobre os materiais a empregar, seus preços e fluxos de abastecimento, sua qualidade, a especialidade dos profissionais necessários, seus salários e horas trabalhadas⁸¹¹ —, como do contratado em relação ao Estado — *e.g.* sobre as instâncias decisórias a que estão sujeitos os agentes públicos que com ele mantém interlocução, sobre grupos de pressão que podem afetar seu contrato, entre outras circunstâncias. Esse desnível (*assimetria ex ante*) pode fazer com que a Administração erre nos critérios de seleção do contratado, afastando bons candidatos e atraindo candidatos desqualificados (**seleção**

⁸⁰⁹ Cf. MENEZES DE ALMEIDA, *Mecanismos de consenso no direito administrativo*, p. 344–349. — Constatase, nesse contexto, “fuga ao Direito Público” (“*Flucht aus dem öffentlichen Recht*”) e “fuga para o Direito Privado” (“*Flucht in das Privatrecht*”) como resultado da insuficiência dos instrumentos de Direito Público para lidar com a realidade atual, a qual se impõe de tal forma que “o contrato administrativo morreu de morte natural”, destacando-se, entre suas causas, o “complexo de exorbitância” da Administração: ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 153–182. — Ver, ainda: MARQUES NETO, *Do Contrato Administrativo à Administração Contratual*.

⁸¹⁰ MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato Administrativo*, p. 324; MENEZES DE ALMEIDA, *Mecanismos de consenso no direito administrativo*, p. 344–349.

⁸¹¹ Em certos casos, o desnível de informação é tal que a Administração Pública precisa de assessoramento de consultorias especializadas para conseguir estruturar o projeto. Por vezes, tais consultorias são contratadas junto a organismos internacionais multilaterais, como, por exemplo, o Banco Mundial, que disponibiliza sua minuta de seu termo de referência para assessoria no estabelecimento de parcerias público-privadas em: <<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/tors-consultants-assist-establishment-public-private-partnership-ppp-unit>>. Acesso em 13 abr. 2021.

adversa⁸¹²). Marcos Nóbrega exemplifica como isso pode ser vertido em controvérsias dentro e fora do contrato:

Em obras, por exemplo, não é incomum o licitante vencedor assinar um contrato já de antemão sabendo que não irá cumpri-lo (...) o segundo colocado será chamado para executar o contrato pelo preço ofertado pelo primeiro, o que resta certamente inviável. (...) é o chamado ‘jogo de planilha’, que se caracteriza pela apresentação de propostas com base em planilhas aparentemente vantajosas (...) subestimando ou até omitindo custos de outros insumos. Depois, durante a fase de execução contratual, com base no permissivo contido na Lei nº 8.666, alegam que situações excepcionais ocorreram (...) e, com base no reequilíbrio econômico-financeiro, requerem a atualização do contrato. (...) No Brasil, a grande maioria dos conflitos é jurisdicizada. A inoperância e corrupção do judiciário elevam os custos de transação do sistema de forma exponencial. Há, sem dúvida, uma expectativa racional dos atores durante a elaboração do contrato de que esse problema ocorrerá e parte desses custos de transação serão ‘desovados’ para a má execução contratual pela troca de material por produtos de má qualidade.⁸¹³

Por sua vez, ao longo da execução do contrato (assimetria *ex post*), as “dificuldades de *enforcement*” do contrato criam o **risco moral** de que as expectativas oportunistas se concretizem. Quanto mais etapas do contrato estiverem executadas, maior será a dificuldade de fugir de oportunismos. Nas palavras de Nóbrega, o contrato ganha “especificidade que surge do processo contínuo de uso e aprendizado (*human-asset specificity*)” o que leva ao “‘**problema do refém**’ ou *hold up*, possibilitando que uma parte explore a fragilidade da outra parte em renegociações após a assinatura do contrato”, especialmente quando “há *sunk costs*, ou seja, os investimentos [que] são muito específicos e não há utilidade alternativa para eles”.⁸¹⁴ Sua afirmação tem base em estudo que aponta elevada taxa de renegociação de contratos de PPP na América Latina, o que seria relevador tanto da presença de falhas de informação na concepção dos contratos como de que “o governo tem poucos instrumentos para forçar uma boa execução do serviço e é reticente em utilizá-los. (...) Além disso, o Judiciário é lento, pouco efetivo e impõe elevados custos de transação”.⁸¹⁵

⁸¹² **Seleção adversa** ocorre quando a assimetria informacional *ex ante*, do contratado em desfavor do Estado contratante, é usada de modo oportunista pelo contratado: NÓBREGA, Análise Econômica do Direito Administrativo, p. 408.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 409–410. Sublinhou-se.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 413.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 415.

De fato, segundo o estudo do Banco Mundial, conflitos decorrentes da incompletude dos contratos de infraestrutura pública (e a necessidade de renegociá-los) não podem ser encarados como extraordinários. Na América Latina, 68% das PPPs tiveram renegociação, em média, já no 1º ano (1993-2011), considerando todos os setores (eletricidade 41%, transporte 78%, saneamento 92%, social e outros). Isso levou legisladores de países como Chile, Colômbia e Peru a prever até mesmo **mecanismos de congelamento de renegociações** por três ou mais anos, além de medidas voltadas a tornar informações mais claras e precisas,⁸¹⁶ já que o ambiente excessivamente permissivo a rediscussões e repactuações prejudica a estabilidade e a efetividade das relações e, portanto, sua capacidade em produzir resultados concretos. A função do contrato, afinal, é pôr fim às tratativas e fixar obrigações, não se podendo confundir a possibilidade de reajustes com ausência de compromisso. A diferença entre o remédio e o veneno é a dose.

O estudo traz, ainda, dados sobre os métodos e objetos das renegociações destes países, no setor de transportes (1993-2010). Conforme Quadro 22, alterações contratuais ocorreram mais de uma vez por contrato (em média, 3,3 vezes no Chile; 19,2 na Colômbia; 4,6 no Peru), com impactos no tempo da execução contratual (acrescendo, em média, 0,2 ano por renegociação no Chile; 1,8 na Colômbia; 0,9 no Peru), e nos custos arcados pelos cofres públicos (em média, 20,3% acima do previsto no Chile; 278,5%, na Colômbia; 13,4% acima do previsto, no Peru).⁸¹⁷

⁸¹⁶ GUASH, José Luis *et al*, *The Renegotiation of PPP Contracts: An Overview of its Recent Evolution in Latin America*, Washington, D.C.: The World Bank / OCDE, 2014, p. 6.

⁸¹⁷ *Ibid.*

Quadro 22 - Renegociações em PPP rodoviárias (Chile, Colômbia, Peru: 1993-2010)

	Chile	Colômbia	Peru
Rodovias concedidas	21	25	15
Média de renegociações (por concessão)	3,3	19,2	4,6
Método			
- Arbitragem	17%	2%	0%
- Acordo bilateral	83%	98%	100%
Causa			
- Tarefas complementares	69%	39%	17%
- Mudança de condições	22%	55%	83%
- Ambos	9%	1%	0%
Iniciativa			
- Governo	84%	40%	64%
- Concessionária	12%	20%	23%
- Conjunta	4%	40%	13%
Tempo			
- Tempo médio da primeira renegociação	2,7 anos	1 ano	1,4 ano
- Anos acrescidos por renegociação (média)	0,2 ano	1,8 anos	0,9 anos
Custeio da solução (% de casos em que ocorreu)			
- Por transferência fiscal	66%	48%	20%
- Por aumento de tarifa	24%	1%	0%
- Por extensão de prazo	12%	12%	14%
- Sem custo direto	15%	45%	77%
Custo fiscal médio (% do valor original do contrato)	20,3%	278,5%	13,4%
Data do pagamento			
- No mesmo exercício fiscal	66%	42%	14%
- Diferido	55%	6%	0%

Adaptado de: BITRAN-VILLEN *apud* GUASH *et al* (OCDE, 2014) ⁸¹⁸

⁸¹⁸ Por “renegociação” o estudo inclui (i) mudanças na matriz de risco e em condições contratuais, como prazos, garantias e cláusulas de equilíbrio econômico e (ii) mudanças no escopo do projeto (desde que não objeto de cláusulas regulamentares), como pedidos de novos investimentos, e exclui casos de correção de erros materiais e reajustes já regulados em contrato (*Ibid.*, p. 9.). Os autores extraíram os dados de obra à qual não se teve acesso (Eduardo Britan e Marcelo Villen, *Benefits and cost in public private partnership*, Universidad Adolfo Ibáñez, 2012). Os autores ainda trazem outros dados que indicam que, embora ainda frequentes, as taxas de renegociação são menores, nos contratos de concessões rodoviárias, em França (50%) e EUA (40%) e, em

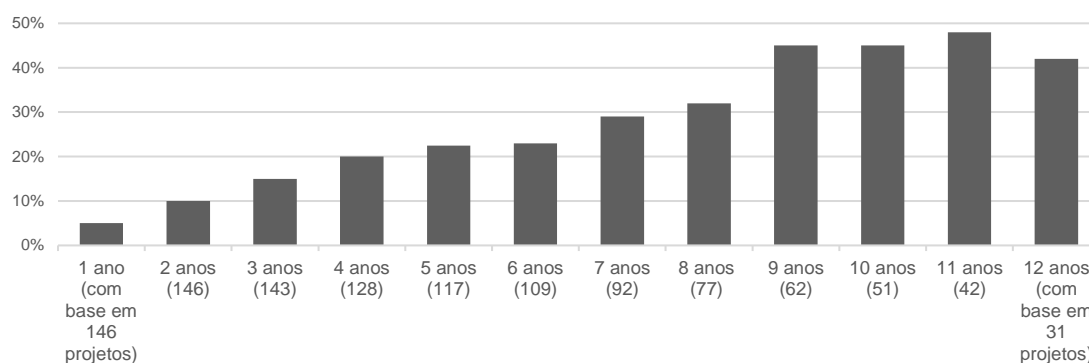
Além de demonstrar que as renegociações são rotineiras nas parcerias público-privadas, abre-se campo também para outras especulações. Assim, por exemplo, além de erros de projeto, que invocam a necessidade de profissionalização da Administração Pública, a predominância de iniciativa da renegociação pelos entes públicos, unilateralmente ou em conjunto com os privados, é coerente com o fato de que mudanças eleitorais periodicamente trazem novas perspectivas do que seja o “interesse público” no projeto. Tratando-se de elemento indissociável da democracia, as renegociações daí decorrentes deveriam ser entendidas antes como elementos naturais da contratação pública do que como anomalias.⁸¹⁹ À incompletude inerente aos contratos agrega-se, assim, a volatilidade do interesse público representado por agentes políticos que se alternam periodicamente, tornando especialmente difícil discernir qual é a solução objetivamente “mais adequada” aos respectivos conflitos.

No mesmo sentido, estudo mais recente,⁸²⁰ com centenas de PPPs de infraestrutura (eletricidade, transporte e saneamento) já em curso entre 2005 e 2015, em todo o mundo, constatou que 33% das PPPs sofreram renegociações; no setor de transporte, a média foi 42%. Constou-se, nesse universo, que **quanto mais tempo passado, maior a chance de renegociações (Gráfico 8)**. O Brasil foi apontado como causador de especial viés nos resultados, dadas a alteração unilateral da política de tarifas de energia elétrica, em 2012, que pode ser interpretada como mero “reajuste”. De todo modo, os dados reafirmam que **a necessidade de renegociar não é extraordinária** em contratos de infraestrutura pública, seja pela complexidade da empreitada, seja por sua inevitável exposição a contingências políticas.

todos os setores, no Reino Unido (55%). Conforme a fonte, há números que não somam 100% em razão de especificidades nos regimes de pagamentos. Embora, nesses casos, o Peru indique índice de 0%, é de se registrar que tal país atualmente possui legislação específica sobre arbitragem na administração pública, de vínculo obrigatório.

⁸¹⁹ Evidentemente, as diferentes circunstâncias geopolíticas de cada país impactam nessas circunstâncias, o que, de todo modo, não deixa de ser um aspecto da incompletude dos contratos, inaptos a captar toda a realidade à sua volta. No Chile, o período a que os dados se refere trata da aera pós-Pinochet, de recuperação democrática e reabertura econômica. Na Colômbia, os anos 1990 e 2000 foram marcados por conflitos entre a sociedade civil, o governo e a organização paramilitar “Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia” (FARC). No Peru, o período foi marcado por privatizações, em conjunto com questões de segurança pública e de estabilidade econômica e político-constitucional.

⁸²⁰ Trata-se de estudo da ONG *Global Infrastructure Hub* (GI-Hub), vinculada ao fórum econômico do G-20 (vinte países mais ricos do mundo), sobre 250 projetos de PPP, em curso, aleatoriamente escolhidos de um banco de dados de 3.736 projetos, de todas as regiões do mundo (América Latina e Caribe 26,2% do total, Ásia 40,8%, Europa 17,2%; sozinho, o Brasil representou 3%). G20, Global Infrastructure Hub, *PPP Contract Management*, Data, disponível em: <<https://managingppp.gihub.org/>>. acesso em: 18 jun. 2022.

Gráfico 8 - Renegociações a cada ano de contrato (G-20, 2005-2015)


Adaptado de: GI-Hub (G-20, 2015)⁸²¹

Ainda segundo esse estudo, as causas das renegociações não são necessariamente iguais às que provocam demandas formais. Dentre as causas mais comuns, questões de atrasos e de custos aparecem como fonte de 34% das renegociações e 17% das disputas. No mais, negociações são devidas predominantemente por assuntos externos aos contratos, como mudanças em políticas governamentais (19%) e em regulação de tarifas (16%), os quais não aparecem entre as questões mais frequentes em demandas formais, talvez porque seja mais fácil entrar em consenso quando o ato provocador não é imputável às partes. Por outro lado, ônus ambientais e sociais (17%), indicadores de performance e pagamentos (13%), condições do solo (11%), aquisições imobiliárias e reassentamentos (11%) e licenciamentos (9%) predominam demandas formais, que têm como “causa da disputa” a quebra do contrato pelo privado ou pelo governo, respectivamente, em apenas 7% e 2% dos casos.⁸²²

O dado é coerente com a afirmação de que **diferentes métodos têm vocações para diferentes assuntos** e que, portanto, não se pode programar a política de solução de conflitos tão-só com a perspectiva de as demandas migrarão de um método para outro.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² *Ibid.* As demais causas de renegociações são erros de projeção de demanda (7%), outros erros de projeção (9%), dificuldades de financiamentos pelo privado (3%), indicadores de performance e de pagamento (2%), e outros (10%).

6.2. SOLUÇÕES DE CONFLITOS EM CONTRATAÇÕES DE INFRAESTRUTURA PÚBLICA

Não é nova a compreensão de que, embora instrumentos de circulação de riquezas individualizadas, contratos não são um microcosmo que só interessa aos proprietários dos bens neles envolvidos. A segurança jurídica, a boa-fé e a função social dessa relações são de interesse público, por razões jurídicas e econômicas (CC, art. 421). Aos contratantes privados, esse aspecto interessa porque lhes garante efetividade (redução de custos e riscos). Os contratantes públicos, por sua vez, não só se servem dessa garantia, mas são eles próprios garantidores, reguladores e indutores de comportamentos nesse sistema jurídico-econômico, o que lhes dá perspectivas e responsabilidades diferenciadas na forma como conduzem suas *políticas contratuais* e suas respectivas *políticas de solução de conflitos contratuais*. Assim, a atuação do Poder Público nos conflitos contratuais deve ser diferenciada, não por privilégio jurídico ou político, mas por responsabilidade econômica e social — que, em menor proporção, se impõe até mesmo nos contratos entre particulares.

Como nas grandes corporações privadas (*eg.* fornecedores de serviços consumidos em massa), a grandeza estrutural do setor público também pode levar à **rigidez negocial** — fenômeno esse não exclusivo do Brasil, pois o caráter de adesão do contrato administrativo é da tradição dos direitos anglo-saxão e euro-continental.⁸²³ Além de necessidades de programação orçamentária e de padronização da atuação, típica de qualquer pessoa jurídica, a Administração Pública tem sua rigidez negocial agravada por dever ser não só impessoal (isento de conflito de interesses), mas também isonômica (em relação a *todos* potenciais contratados). Acrescenta-se a isso o fato de que seus representantes estão sujeitos a órgãos de controle cujo revisionismo e punitivismo tem levado a se falar na existência de um “direito administrativo do medo”.⁸²⁴

Nesse ponto, merece atenção o fato de que a rigidez contratual pode advir juntamente de “uma adaptação ao risco político de agentes públicos, por meio da qual reduzem a probabilidade de sucesso de terceiros (oportunistas) que os contestem”, conforme inferido por pesquisadores de Berkley, ao constarem que “contratos públicos” — assim considerados os de companhias abertas prestadoras de serviços públicos, isto é, “utilidades”, como saneamento e

⁸²³ Respectivamente: MULLIGAN, Willian Hughes, Disputes Clause of the Government Construction Contract: Its Misconstruction, *Notre Dame Law Review*, v. XXVII, n. 2, p. 167–184, 1952, p. 180. WALINE, *Droit administratif*, p. 526.

⁸²⁴ SANTOS, *Direito administrativo do medo*.

transmissão e distribuição de eletricidade, ou atividades “quase-reguladas” (*quasi-regulated industries*), como transporte público e comunicações — são mais longos, têm mais cláusulas penais, de rescisão e de resolução de litígios e possuem “maior rigidez”.⁸²⁵

Tais pesquisadores propuseram, então, modelo econômico com base nas premissas de que é endógeno às contratações públicas a influência de expectativa de dividendos políticos (e maior chance de impugnação conforme as eleições se aproximam) e de risco de impugnação por terceiros (maior quanto mais transparente a contratação), bem como que mudanças institucionais exógenas ao contrato, como novos marcos legais, alteram o custo e a probabilidade de sucesso dessas impugnações. Concluem que a “**rigidez aumenta com a contestabilidade política**” e que “contratos sujeitos ao escrutínio público são mais rígidos que contratos privado-privado puros”, razão pela qual não são comparáveis em termos de eficiência, pois “o setor público tem objetivos mais ambíguos”, de modo que seria mais adequado comparar contratos igualmente públicos e análogos, “em ambiente político semelhante”, para verificar se realmente há “alterativas *factíveis*” para solução de suas questões.⁸²⁶

Esse enrijecimento contratual não é por si ruim. Pode ser visto como uma *solução ex ante* de instrumentalização de valores (*e.g.* isonomia, transparência) e adaptação ao seu ambiente institucional. Mas pode ser também fator que retroalimenta conflitos (*e.g.* adiando e reduzindo a criatividade das soluções possíveis e burocratizando a realização de interesses públicos). Bem ou mal, fato é que se revela direta relação entre as políticas contratual e de solução de conflitos administrativos.

Compreendida essa relação sistêmica, passa-se a olhar como ela limita o universo de soluções *possíveis* para controvérsias contratuais da Administração Pública.

Do ponto de vista *formal*, soluções se dão: (i) por decisão de terceiro que receba tal poder pela lei (juiz estatal) ou por negócio prévio das partes (árbitro, comitê de solução de

⁸²⁵ Tal estudo analisou contratos de infraestrutura de companhias abertas a partir de formulários arquivados na comissão de valores mobiliários dos EUA (*Securities and Exchange Commission – SEC*): MOSZORO; SPILLER; STOLORZ, *Rigidity of Public Contracts*, p. 409. Tradução livre.

⁸²⁶ MOSZORO, Marian W.; SPILLER, Pablo T., *Political contestability and public contracting*, *Journal of Public Economic Theory*, v. 21, n. 5, p. 945–966, 2019, p. 14–15; 26–27. Esse segundo estudo desenvolveu modelo econométrico testando-o à luz da literatura sobre administração pública, política econômica e organização industrial, visando a instrumentalizar respostas à seguinte questão: “agentes públicas praticam atividades socialmente ineficientes para proteger a si próprios?”.

disputa); (ii) por decisão bilateral, isto é, encontro de vontades das partes, constituindo *negócio jurídico* de aditamento, novação, distrato ou transação (CC, arts. 360, 472, 621, 840; Lei 14.133/2021, arts. 91, 124, II, 153); ou (iii) por decisões unilaterais de autoridades, que exercem seu mandato para eleger o projeto a ser executado na fase pré-contratual, e que, na fase contratual, exercem seu dever de autotutela administrativa por meio dos poderes potestativos de decisão *ex post*, pré-fixados pelo legislador em ato de antecipação da manifestação de vontade da Administração em só oferecer contratos a quem o queira aderir nesses termos, resguardados, claro, direitos do contratado (Lei 14.133/2021, arts. 104 e 124, I) — não deixa, portanto, nem mesmo neste caso, de ser *parte* do contrato e do conflito. Ainda em perspectiva formal, mostra-se recomendável, à luz do caso de Mondego, que travas propulsoras das decisões sejam adotadas, a fim de que não haja retrocessos deletérios. Não por acaso, o direito processual, típico modelo de tomada de decisões, conta com preclusões.

Do ponto de vista *objetivo*, tal como o contrato originário em si, a solução deverá guardar legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, esta traduzida não só em economicidade, mas em efetividade na realização do fim público a que se destina. Neste ponto, o desafio, como sempre, é delimitar o tal fim público, a ser revelado a partir da sequência de decisões, que vai desde a eleição do projeto como prioridade até a prestação de contas pós-contratuais. Desde que respeitados os atos jurídicos perfeitos, direitos adquiridos e boa-fé (traduzidos em vedação ao enriquecimento sem causa, manutenção das condições econômicas contratadas, entre outros), não só é possível como provável que o interesse público, fluido como é, mude prioridades e a visão sobre a utilidade do contrato para a população.

Essa fluidez desagua, inevitavelmente, no aspecto *subjetivo* das decisões implicadas. Como sempre, não estando em lei fixados os critérios objetivos que condicionam a tomada de decisão, caberá às autoridades administrativas determiná-las, em primeiro lugar, ao modelar o contrato, o que é relevante, neste ponto, por determinar a distribuição de poderes das partes e, a depender da vagueza ou precisão desta e outras previsões contratuais, a delimitação dos futuros espaços de negociação ou intervenção de terceiros.⁸²⁷

Para que esses espaços sejam usados, porém, é preciso que haja agentes com competência para ocupá-los. Como ocorre em relação a qualquer pessoa jurídica, conjugam-se

⁸²⁷ SCOTT, Robert E; TRIANTIS, George G, Anticipating Litigation in Contract Design, *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 814–879, 2006.

aqui os poderes *da Administração*, como parte contratual, e as competências *dos administradores*, seus mandatários. De nada adiantará haver possibilidade de negociação, se não houver quem receba delegação para negociar — e pouco adiantará essa delegação se não houver ambiente institucional que assegure que o agente público de boa-fé possa tomar decisões em nome da Administração sem que dele se espere ser infalível, muito menos que sua subjetividade coincida necessariamente com a de seus órgãos de controle. É importante lembrar que *mera divergência de opinião e malversação não se confundem*,⁸²⁸ e que o controle externo dos atos discricionários da Administração não autoriza que, nas *zonas de incerteza*, o controlador substitua a subjetividade do gestor público pela sua própria.

Infelizmente, no “direito administrativo do medo”, em que “na dúvida, dorme tranquilo quem indefere”,⁸²⁹ alerta semelhante cabe até mesmo para o controle das *zonas de certeza*. Remete-se, nesse ponto, à já estabelecida premissa de que *supremacia do interesse público não pressupõe prejuízo privado* (cf. 1.1.1). A cultura que presume má-fé no reconhecimento do pedido particular pela Administração simplesmente inviabiliza a autotutela administrativa e, portanto, a concretização da legalidade. Se confiança não há em quem decide, há que se mudar o decisor. Isso é importante para que a desconfiança em quem toma a decisão não altere a avaliação sobre as *soluções possíveis* para o caso nem seja pretexto para distorção do respectivo *método*.

Todos esses aspectos afetam diretamente a matriz de risco do contrato. Vê-se, assim, que o Direito dos contratos e o Direito da solução dos conflitos não são — nem podem ser encarados como — desconexos.

6.3. MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE INFRAESTRUTURA

6.3.1. Método-paradigma: jurisdição judicial ou arbitral

⁸²⁸ MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2019), p. 351.

⁸²⁹ SANTOS, *Direito administrativo do medo*.

O tratamento especial dos métodos de solução de controvérsias de infraestrutura pública não é novidade no direito brasileiro. Como se a solução negocial fosse menor no contexto da contratualização pública, a legislação focou sobretudo na solução jurisdicional, e, nesta, na via judicial.

Associada ao preconceito de que a indisponibilidade e a supremacia do interesse público seriam incompatíveis com os entendimentos bilaterais, constituiu-se a lógica de que, mesmo no âmbito contratual, controvérsias deveriam ser solucionadas ou pela unilateral decisão de autoridade em processo administrativo de feições judicantes, ou pela (também unilateral decisão de autoridade da) via judiciária. Nesse sentido, chegou-se a interpretar que a obrigatoriedade de previsão de cláusula de foro, prevista na Lei 8.666/1993 (art. 55, §2º), denotaria vedação de solução por métodos outros que os processos judicial e administrativo, nas controvérsias contratuais da Administração. A própria evolução legislativa reflete, porém, a frustrada insistência em restringir a resolução dessas (e outras) controvérsias à autoridade estatal, bem como a jamais ausente demanda por alternativas.

Isso pode ser observado no histórico da arbitragem com a Administração Pública. Já no período imperial, o Decreto nº 7.959/1880, ao regular concessões de estradas de ferro, impunha a cláusula de que “no caso de desacordo entre o Governo e a companhia, sobre a inteligência das presentes cláusulas, esta será decidida por árbitros”. No século seguinte, adotaram previsões semelhantes setores como o de óleo e gás, iluminação e energia elétrica e hospitalar.⁸³⁰ Mesmo nos tempos de desprestígio da arbitragem, pouco durou a tentativa de vedá-la nas contratações pública, feita pelo Decreto-Lei 2.300/1986, alterado meses depois para voltar a permiti-la nas concorrências internacionais. Também não demorou para que, uma vez declarada constitucional (em 2001) a Lei de Arbitragem, o instituto aparecesse na legislação de parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004, art. 11) e na das concessões em geral (Lei 11.196/2005), antes das previsões mais recentes que alcançam as contratações públicas em geral (Leis 13.129/2015 e 14.133/2021). Seguiu-se então uma fase inicial, em que as cláusulas compromissórias eram inseridas nesses contratos administrativos por provocação de financiadores internacionais, passando por uma fase de seu “uso indiscriminado”, até

⁸³⁰ MEGNA, Bruno Lopes; MASTROBUONO, A regulamentação da participação do Estado de São Paulo em arbitragens, *in*: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Orgs.), *25 anos da lei de arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*, São Paulo: RT, 2021, p. 99–119.

finalmente uma terceira fase, atual, de “aprimoramento da cláusula arbitral”.⁸³¹ Hoje, a arbitragem é eleita por diversos entes federativos como método preferencial, em detrimento do juízo estatal, para controvérsias contratuais de infraestrutura.⁸³²

Denota-se daí também que o sucesso no tratamento de controvérsias não depende apenas de característica intrínsecas ao método empregado, mas também da aptidão de quem os emprega, de modo que, na seleção da arbitragem, é importante que cada ente público avalie seu preparo para participação nesse tipo de procedimento.⁸³³ No Peru, por exemplo, reporta-se que medidas administrativas para melhorar a organização de informações e o preparo de advogados públicos fez com que o Estado peruano, que teve insucesso em 70% de suas arbitragens em 2015, obtivesse uma taxa de sucesso de 70% em 2019.⁸³⁴

Lá e cá, é recorrente o argumento de que essa demanda pela arbitragem decorre do anseio por mais celeridade, especialização e imparcialidade, em comparação com a via judiciária, que seria morosa, generalista e indulgente com a Administração Pública. Com poucas exceções, o sigilo, outro critério recorrentemente citado como característico das arbitragens comerciais, não se aplica ao Poder Público, e, por isso, não costuma ser apontado como um diferenciador relevante em relação aos processos judiciais, igualmente norteados pelo princípio da publicidade.⁸³⁵

⁸³¹ JUNQUEIRA, André Rodrigues, *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 155–164.

⁸³² Vide Decreto federal nº 10.025/2019; Decretos estaduais nº 46.245/2018 do Rio de Janeiro, 64.356/2019 de São Paulo; Lei nº 15.627/2015 de Pernambuco e a pioneira Lei nº 19.477/2011 de Minas Gerais.

⁸³³ CARMONA, Arbitragem e administração pública - primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública, p. 10.

⁸³⁴ *En el MTC intereses del Estado son enérgicamente defendidos*, Portal Gobierno del Perú, disponível em: <<https://www.gob.pe/institucion/mtc/noticias/613696-en-el-mtc-intereses-del-estado-son-energeticamente-defendidos>>. acesso em: 21 out. 2022. Deve-se considerar, ainda, que a arbitragem se tornou constitucionalmente obrigatória para o Estado peruano em certos casos, nos termos da Lei nº 30225 (texto oficial unificado no Decreto Supremo nº 082-2019-EF). Consta que, de 2003 a 2013, houve 2.796 laudos arbitrais em casos dos níveis nacional (59%), local (24%) e regional (17%) do governo peruano: REPÚBLICA DEL PERU, Controladoría General de la República, *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013*, Lima: Contraloría General de la República (Perú), 2014. Mais recentemente, há quem reporte desvirtuamento na arbitragem peruana com a Administração Pública, como (i) exclusão de matérias como enriquecimento sem causa e adicionais de obra; (ii) tratamento dos árbitros aproximado ao de funcionários públicos; (iii) exigência de garantia da causa aos privados, mas não ao Estado; (iv) recorrentes pedidos de nulidade pelos procuradores do Estado; (v) tendência do Estado em não pagar as condenações arbitrais, entre outras: SUMAR, Milagros Maraví, *Desequilibrio en el Arbitraje con el Estado*, Rubio Leguía Normand Abogados, disponível em: <<https://rubio.pe/publicacionescont/10061/>>. acesso em: 21 out. 2022.

⁸³⁵ Aprofunda-se o tema: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2019), p. 301–311.

Parcos são os dados estatísticos que permitem inferir empiricamente essas características na arbitragem com a Administração Pública brasileira.⁸³⁶ razão pela qual são necessárias aproximações.⁸³⁷ No Brasil, uma pesquisa do Comitê Brasileiro de Arbitragem, de 2021, com 225 profissionais de arbitragem (árbitros, advogados e atores de instituições arbitrais), apontou que, na perspectiva desse grupo, os principais “benefícios concretos da arbitragem” são o caráter técnico das decisões, o tempo para uma solução definitiva em comparação com o judiciário e a participação na escolha dos árbitros, ao passo que seriam suas principais desvantagens o custo, a ausência de recursos (duplo grau) e (curiosamente) a ausência de publicidade das decisões.⁸³⁸ Há notícia de 2018 de que, dentre as quatro das maiores câmaras arbitrais brasileiras, as arbitragens duravam em média 1 ano e 9 meses (1,75 ano),⁸³⁹ mas a ausência de dados sobre controvérsias análogas processadas judicialmente⁸⁴⁰ dificulta a comparação com a via judiciária. No âmbito internacional, noticia-se que a duração *mediana* de arbitragens de grandes câmaras varia de 1 a 1,8 ano.⁸⁴¹

⁸³⁶ A tarefa de reunir tais dados provou-se impraticável por uma só pessoa, pois nem todos os entes federativos colocaram essas informações no domínio público. Sem desistir dessa empreitada, formou-se um grupo que está fazendo o levantamento dessas informações, o qual, porém, ainda não está concluído. De todo modo, registra-se o agradecimento ao hercúleo trabalho que os colegas Boni Soares, Leila Cuéllar, Elisa Eidt, Rafael Drews, Bruno Fernandes e Zizi Brito têm empregado nessa empreitada no, em breve formalizado, “Observatório da Arbitragem com a Administração Pública - ObAP”.

⁸³⁷ Reporta-se que “Em 2019 houve a participação da Administração Pública Direita e Indireta em 48 novos procedimentos arbitrais em sete das oito Câmaras indicadas. Considerando que em 2019 o número total de arbitragens processadas nas sete Câmaras foi de 277 casos novos, pode-se dizer que quase 17% (16,66%) das arbitragens novas entrantes tinham a Administração Pública Direta e Indireta em um dos polos. Considerando que em 2018 esse percentual era de 9,93%, pode-se concluir que houve um aumento de quase 7% (6,73%) da participação da Administração Pública Direita e indireta nos novos casos de 2019”: LEMES, *Arbitragem em números e valores (2020)*.

⁸³⁸ CBAR, Comitê Brasileiro de Arbitragem; Instituto IPSOS, *Arbitragem no Brasil (2021)*, Portal do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR), disponível em: <<https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipsos-2021-arbitragem-no-brasil.pdf>>. acesso em: 20 out. 2022.

⁸³⁹ *Arbitragem demora, em média, 1 ano e 9 meses para solucionar ...*, Migalhas, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/299336/arbitragem-demora--em-media--1-ano-e-9-meses-para-solucionar-conflitos-no-brasil>>. acesso em: 20 out. 2022. As câmaras consultadas foram CAMARB, CAM-CCBC, CBMA e CIESP/FIESP, que relataram que as arbitragens reportadas versavam sobre infraestrutura, relações empresariais, mercado imobiliário, direito desportivo, contratos públicos e contratos internacionais.

⁸⁴⁰ Como não se pode comparar tais casos com a média geral do Poder Judiciário, cita-se, como dado mais próximo localizado, pesquisa que indicou que, no Tribunal de Justiça de São Paulo, controvérsias societárias resolvidas entre 1995 e 2005 duraram de 0,6 a 10,9 anos: PRADO, Viviane Muller; BURANELLI, Vinícius Correa, *Relatório da pesquisa de jurisprudência sobre direito societário e mercado de capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo: FGV Direito SP, 2006; TIMM, Luciano; JOBIM, Eduardo, *A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito*, *Direito & Justiça*, v. 33, n. 1, p. 80–97, 2007.

⁸⁴¹ LLC, Aceris Law, *The Duration of Arbitration*, ACERIS LAW, disponível em: <<https://www.acerislaw.com/the-duration-of-arbitration/>>. acesso em: 20 out. 2022. As câmaras apuradas são SIAC (a de menor mediana: 1 ano), LCIA, SCC, HKIAC, ICDR, ICC (esta, a de maior mediana: 1,8 ano).

Apesar da ausência de dados específicos sobre a Administração Pública, há expectativa de que tais características se reproduzam nas suas arbitragens. Outras ordens de preocupações se acrescentam, em relação àquelas usualmente consideradas por privados. Assim, por exemplo, a **celeridade** impacta não só *custos de oportunidades* econômicas, mas também sociais, se a prestação do serviço público projetado for adiada enquanto se aguarda o deslinde da controvérsia.

Por sua vez, o **custo** apresenta um desafio particular, não só pela dificuldade em introduzir despesas processuais não previsíveis na burocracia orçamentária estatal, mas também em compará-la com a via judiciária. O ponto, aqui, é mais complexo do que a contraposição das despesas arbitrais com a “gratuidade judiciária”, a qual, na prática, não existe, já que é o próprio orçamento público que custeia os recursos humanos (juízes, servidores, advogados públicos etc.) e materiais (fóruns, estrutura eletrônica etc.) do sistema de Justiça. Eventual pagamento de taxa judiciária da “Administração Pública” ao Poder Judiciário implicaria tão-só uma realocação orçamentária interna entre Poderes do mesmo ente federativo ou, no caso de litígio em outra unidade da federação, entre orçamentos igualmente compostos com dinheiro do povo. Na verdade, o que ocorre é uma *perda de economia de escala* ao se levar o Estado para uma via de solução artesanal do conflito que implica um *custo adicional*, enquanto dispõe de uma já instalada capacidade de processá-lo na máquina judiciária, cujo *custo marginal* para receber mais um processo é desprezível.

Ademais, um “fator a considerar é o custo *imediato*. Embora seja complexo comparar o preço unitário de um processo judicial e de uma arbitragem, é seguro afirmar que, ao optar pela arbitragem, perde-se em *economia de escala*. O Estado já mantém uma estrutura na sua Justiça voltada a atender um grande número de demandas, cujo custo é diluído entre seus milhares de usuários. Ao litigar na sua própria Justiça (caso dos Estados e da União), a Administração não só é isenta de custas como também se aproveita desta economia de escala. Por isso, é possível estimar que, a princípio, a arbitragem não se destina à resolução de casos de massa, que é a principal parcela das demandas do Estado.

Há, porém, custos *indiretos* que também devem ser considerados, especialmente aqueles decorrentes da “externalidade negativa” provocada pela tradição de se judicializar litígios que tem por consequência o aumento dos preços (pagos pelo Estado) nos contratos administrativos”.⁸⁴²

⁸⁴² MEGNA; MASTROBUONO, 25 anos da lei de arbitragem (1996-2021), p. 171-172.

A seu turno, o quesito da **confiança**, na verdade, não está relacionado com a *imparcialidade* (traduzida no direito administrativo como *impessoalidade*) do julgador, mas com uma questão estratégica no direcionamento do foco da controvérsia. Tanto no judiciário como na arbitragem, o julgador deve ser imparcial, isto é, isento de *conflitos de interesses* que possam lhe estimular a favorecer uma das partes. Para tanto, veda-se ao árbitro atuar em casos em que sua independência é comprometida⁸⁴³ e, ao juiz, dá-se garantia de estabilidade para julgar até mesmo o seu próprio empregador (a propósito, cf. 3.1.2.1). Isso não exclui, porém, o uso pelo julgador de sua experiência para compreender e julgar o caso. Nisto reside o aspecto estratégico: ao contrário do judiciário, na arbitragem não é preciso deixar à sorte a possibilidade de que a controvérsia seja julgada por alguém com mais ou com menos expertise na matéria, ou cuja experiência o levará a focar em determinadas questões (*e.g.* processuais) em detrimento de outras que mereçam olhar apurado (*e.g.* questões de fato, não jurídicas). Verifica-se, aí, mais um exemplo em que **o método escolhido interfere no recorte da faceta da discussão**.

Por outro lado, a ausência de recursos é um quesito a ser ponderado, não por anseio protelatório ou natural “irresignação humana”,⁸⁴⁴ mas porque reduz a **homogeneidade das decisões**, o que é especialmente importante para o Poder Público, regido pelo princípio da isonomia — e sua faceta prática traduzida no “*sucker effect*” (cf. 4.1.2), ocorrido quando há uma sensação de injustiça pelo tratamento desigual de casos semelhantes. Não se pode ignorar, porém, que o notável esforço que se tem feito para uniformização da jurisprudência testemunha não só que a submissão de uma controvérsia ao Judiciário não garante absoluta homogeneização de tratamento, como principalmente o fato de que, por razões pragmáticas, o Direito admite,

⁸⁴³ São notoriamente reconhecidas, para tanto, no mundo da arbitragem, as regras éticas do “*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*”, da *International Bar Association*, que classifica tanto zonas de certeza sobre a existência ou não de comprometimento da imparcialidade (constantes, respectivamente, nas chamadas listas “vermelha” e “verde”), bem como zonas de incerteza (“lista laranja”) que ficam sob critério das partes para que, com base em seu julgamento subjetivo e no exercício de sua autonomia da vontade, confiem ao árbitro essa missão. No âmbito da Administração Pública, porém, deve-se lembrar que, para exercer esse tipo de avaliação discricionária, é preciso que o agente respectivo receba competência para manifestar a vontade estatal. De todo modo, tal “confiança” que atribui ao árbitro (LARB, art. 13) é de *meio*, não de *resultado*. Nesse sentido, conforme aponta Carlos Eduardo Stefen Elias, não se trata de confiança quanto ao julgamento, mas de confiança *para “contratar” o árbitro*, exercida, a partir do binômico “ciência-aceitação”, à vista das revelações do potencial árbitro, por meio do livre reconhecimento das partes de que ele não está em situação de parcialidade, cf.: ELIAS, Carlos Eduardo Stefen, *Imparcialidade dos árbitros*, Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 64, 219.

⁸⁴⁴ Afirmando que o papel dos recursos não é levar o caso para uma instância de decisão melhor (se não, faria mais sentido começar já por ela), mas satisfazer o sentimento humano de irresignação: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237.

sim, situações de divergência decisória, toleradas em prol de outros objetivos, como a tempestividade da solução.⁸⁴⁵

Por esse motivo, além de evitar questionamentos em torno da *arbitrabilidade objetiva* ou da *arbitrabilidade convencional*,⁸⁴⁶ a tarefa de selecionar controvérsias administrativas para a arbitragem importa também para garantir que se submetam a esse método casos que estejam dentro dessa **margem de tolerância de divergência decisória**. Não por acaso, controvérsias de infraestrutura, fartas em elementos técnicos e fáticos que dependem de análise caso-a-caso, são candidatas preferidas para solução na via arbitral.

De outro lado, pode-se dizer que “casos de litigância repetitiva ou de massa não têm *adequação teleológica* se o objetivo for obter um precedente homogêneo do Poder Judiciário (art. 985 do CPC/2015)” e, na medida em que a convenção arbitral está enraizada em um consciente exercício de autonomia individual da vontade e que não se pode obrigar a participação na arbitragem de quem não a tenha aderido, “o juízo privado não se mostra adequado para conflitos que tenha alguma tensão sociopolítica subjacente (*e.g.* desapropriações de áreas invadidas)”.⁸⁴⁷ Não se trata de uma questão de impedimento legal ou de incompatibilidade intrínseca da arbitragem com tais assuntos. Há locais, como alguns estados dos EUA, em que a cultura arbitral é difundida a ponto de ser aplicada em controvérsias não-patrimoniais e indisponíveis; em outros, conforme reconhecido na França pelo próprio Conselho de Estado, a cultura recomenda seja antes a arbitragem concentrada em questões contratuais, até que a implementação do instituto esteja madura suficiente para expandi-la.⁸⁴⁸ Trata-se, por isso mesmo, de questão de *adequação*.

⁸⁴⁵ Tratando dos objetivos de segurança jurídica e de eficiência e o aspecto simbólico da uniformização de jurisprudência no contexto da crise judiciária: GUIMARÃES, *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*, p. 54–67.

⁸⁴⁶ Isto é, da *arbitrabilidade objetiva* (aptidão, *in abstracto*, de se submeter um objeto controvertido à arbitragem), e da “*arbitrability*” (extensão, *in concreto*, da convenção arbitral). Sobre *arbitrabilidade objetiva* das controvérsias administrativas e seus respectivos critérios (jurisdicionalidade, patrimonialidade, negociabilidade, determinabilidade e vedação de fraude à lei): MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública (2019)*, p. 143–159.

⁸⁴⁷ MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública (2017)*, p. 171.

⁸⁴⁸ *Ibid.* O citado pronunciamento do Conselho de Estado francês está no chamado “Relatório Labetoulle”: FRANCE, Conseil d’État, *Raport final du groupe de travail sur l’arbitrage*, Paris: Conseil d’État, Garde des sceaux, 2007.

Ao lado (senão acima) desses, todavia, há um critério adicional relevante para a Administração Pública: trata-se, precisamente, do efeito extraprocessual de atração de investidores e seu impacto sistêmico, de criação de um ambiente contratual mais amigável para investimentos. Segundo entendimento largamente acolhido na literatura sobre arbitragem, diante de suas “vantagens”, a simples inclusão de cláusula arbitral no contrato, *ex ante facto*, geraria expectativa de **redução dos custos de transação**, por consequência, tornaria o contrato mais atrativo.⁸⁴⁹ A arbitragem seria, assim, um “elemento importante da cesta de oportunidades com a qual se [pretende] atrair o interesse privado”,⁸⁵⁰ de modo a aumentar o universo de potenciais contratantes interessados em investir na iniciativa pública — o que se provou verdade ao menos no caso de contratos de financiamento com organismos internacionais de financiamento de infraestrutura, que colocavam a cláusula compromissória como condição relevante do negócio⁸⁵¹ — e eventualmente diminuir os preços de suas ofertas.

Se isso é verdade, seria de se esperar então que os resultados de uma licitação seriam diferentes a depender da inclusão (ou não) de cláusula compromissória na minuta de contrato ofertada. Como bem nota André Rodrigues Junqueira, dado que contratos têm naturalmente níveis diversos de atratividade, uma fiel comparação dependeria do lançamento de edital com duas minutas, uma com e outra sem cláusula de arbitragem.⁸⁵² Contraditoriamente, porém, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que “não se pode dizer que a licitação teria outro resultado ou dela participariam mais ou menos concorrentes unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para solução de controvérsias”.⁸⁵³ Diante da ausência de dados que afirmassem ou infirmassem tal alteração do resultado licitatório, optou o STJ por não levá-la em consideração. Não se pode deixar de notar, contudo, que essa opção

⁸⁴⁹ SALAMA; PUGLIESE, A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor, p. 24. No mesmo sentido: TIMM; JOBIM, A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito.

⁸⁵⁰ SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos*, p. 73.

⁸⁵¹ Relatando esse fato como uma “primeira fase” da arbitragem no setor público brasileiro, no contexto de financiamento de obras de infraestrutura pelo Banco Mundial, pelo Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, e outras agências de fomento: JUNQUEIRA, *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*, p. 152.

⁸⁵² “Assim, o teste de compensação poderia ser realizado pela apresentação de duas minutas contratuais no certame licitatório, uma contendo a cláusula compromissória e outra com a cláusula de foro convencional. Ao licitante caberia ofertas duas propostas de preço na competição, uma para cada minuta disponibilizada pela Administração Pública. Aos integrantes da comissão de licitação caberia sempre optar pela propostas de preço de valor mais baixo, independentemente do método de solução de disputas contratuais escolhido pelo proprietário”: *Ibid.*, p. 233.

⁸⁵³ STJ, 3ª Turma, Recurso Especial 904.813-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20 out. 2011, DJE 28 fev. 2012, p. 10 do relatório do voto disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13 out. 2022.

contradiz um dos principais argumentos que servem de motivação do ato de escolha da arbitragem pela Administração: o de que o contrato seria mais atrativo com a convenção de arbitragem.⁸⁵⁴

De todo modo, isso demonstra como a análise de informações concretas sobre o impacto do uso de certo método de solução de conflitos não é uma questão meramente administrativa ou política, mas também jurídica. Demonstra, ainda, como a presunção dos impactos positivos de um ou outro método tem ditado esse tipo de escolha no âmbito público, até porque, não dispondo de recursos para realizar uma análise de impacto apropriada, resta aos gestores públicos se basear na opinião majoritária que corrobora essas presunções. É o que se verifica, por exemplo, na motivação da Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) ao manifestar sua adesão ao método arbitral, na qual é digno de nota o esforço em, apesar das limitações informacionais, tentar uma efetiva ponderação comparativa dos mecanismos em tese aplicáveis ao caso.⁸⁵⁵

(...) 8 - CONSIDERANDO o relatório produzido pela ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO — AGU, por solicitação da SEP, nos termos do inciso I do §4º do art. 90 do Decreto nº 8.465/2015, que estimou o prazo para a conclusão de todos os litígios, pela via judicial, em superior a oito anos, tendo por base a complexidade das discussões e a possibilidade de interposição de recursos; bem como o relatório produzido pela CODESP, por solicitação da SEP, para ingresso do processo nº 0030217-82.2006.8.26.0562 no Termo de Compromisso Arbitral.

10 — CONSIDERANDO que a arbitragem permitirá a reunião de demandas que versem sobre matérias conexas até o momento sob julgamento de juízos diversos, propiciando julgamento único e consistente;

11 — CONSIDERANDO que o mérito dos litígios inclui questões técnicas, de caráter não jurídico, próprias do setor portuário e de infraestrutura, tendo inclusive as Partes (Codesp, União e Libra) requerido nos processos judiciais a oportuna produção de prova pericial;

12 — CONSIDERANDO que a arbitragem se revela como solução mais econômica se considerado o cenário a longo prazo, em que se incorriam custos relevantes para a manutenção dos diversos processos judiciais;

⁸⁵⁴ Conforme já defendido, realmente não seria de esperar um impacto na arbitragem no universo de candidatos à licitação caso houvesse uma cultura em que fosse senso comum que os métodos do sistema multiportas estão sempre à disposição das partes: MEGNA, *Arbitragem e Administração Pública* (2019), p. 193. Ao que parece, é a intenção do art. 3º, §3º, do CPC e do art. 151 da Lei 14.133/2021, e talvez do próprio precedente do STJ, induzir a formação dessa nova cultura.

⁸⁵⁵ “**Caso Libra**”: Trata-se de caso que perdurou por aproximadamente 20 anos e que, em resumo, discutia pleito da arrendatária Libra, em face da União e da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento dos Terminais 35 e 37 do Porto de Santos. Depois de tentativas de negociações e até mesmo de judicialização, instaurou-se processo arbitral — o qual foi chamado de “fajuto” por jornalista televisivo, denotando a existência de desconfiança social em relação ao método. BRASIL, Advocacia Geral da União. Procedimento Arbitral nº78/2016-CAM-CCBC/SEC7 (Libra). Disponível em: [https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/643200]. Acesso em 20.7.2019.

13 - CONSIDERANDO, portanto, em face do disposto no art. 90, §1º, do Decreto n 8.465/15, que a Administração Pública avaliou previamente as vantagens e desvantagens da arbitragem, que levam à conclusão que a adoção desse método de solução de disputas, no caso concreto, mostra-se plenamente adequado à solução dos litígios em tela, ao reduzir o prazo para a resolução das controvérsias e assegurar julgamento uniforme de todas elas, em favor da segurança jurídica e do interesse público, inclusive permitindo a realização de novos investimentos no setor portuário considerados prioritários pela Administração Pública; (...).⁸⁵⁶

Curiosamente, neste mesmo caso, o Tribunal de Contas da União não só deixou de aplicar sua antiga jurisprudência, que entendia pela inaplicabilidade da arbitragem para controvérsias administrativas, como até mesmo cobrou pela apuração das “responsabilidades pela morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral”, com base nas seguintes conclusões:

Litígios que envolvam esse tipo de débito, por sua vez, podem ser dirimidos com o uso da arbitragem. (...)

Por fim, identificou-se também morosidade da Codesp em sua atuação como parte do processo de arbitragem. O compromisso arbitral havia adquirido eficácia em 11/3/2016, mas, decorridos meses desde então, a Companhia demonstrou lentidão para indicar quais serão os advogados que irão representá-la na resolução da lide. Por isso, propôs-se determinar à Codesp que, no prazo de 30 dias, informe a este Tribunal sobre a conclusão dos atos que lhe eram cabíveis para que fosse dado início ao procedimento arbitral, em especial a indicação de representante da Companhia no juízo, e, caso estes não tenham sido concluídos, que encaminhe.⁸⁵⁷

Abre-se uma perspectiva raramente vista: a da **responsabilidade da Administração como parte em processo**, de modo que se vislumbra não só impactos decorrentes da *escolha* do método, mas também de *como* ou *quando* usá-lo. O foco do TCU foi a conduta omissiva da empresa estatal em providenciar a solução do conflito com possível dolo de favorecer a concessionária privada. O campo de indagações que se coloca a partir disso, no entanto, é maior do que uma simples apuração de irregularidade de gestores públicos.

Chama atenção, neste ponto, que o TCU tenha tratado do tema como se a decisão de se firmar compromisso arbitral denotasse um *dever* de solucionar a demanda *pela via arbitral*. Por este raciocínio, a mesma obrigação deveria existir, se ausente a cláusula compromissória, em relação ao ajuizamento de ação judicial, o que não seria razoável, já que os métodos jurisdicionais costumam ser encarados pelas partes como última via de solução de

⁸⁵⁶ *Op. cit.*

⁸⁵⁷ TCU, Plenário, Acórdão nº 1171/2018, Relatora Ministra Ana Arraes, julgado em 25.5.2018.

controvérsias contratuais, e iria de encontro ao citado entendimento do STJ, de que a arbitragem pode ser adotada a qualquer tempo.

De todo modo, demonstra-se a percepção de que o manejo de meios de solução de conflitos não são meros processos nos quais a Administração Pública se move por inércia, mas ferramentas cujas circunstâncias em que são escolhidas e empregadas podem interferir no próprio resultado da solução (e, portanto, na realização do interesse público). Por consequência, a seleção e o modo de utilizá-las devem ser submetidas a uma decisão consciente e estratégica (alinhada com objetivos predeterminados) pelos gestores públicos.

Verifica-se, enfim, que, assim como nos conflitos de império e de prestações públicas, também nas controvérsias de gestão pública sobressai o tempo como critério considerado relevante para a eleição do método a ser empregado. Na escolha entre processo judicial e arbitragem, destacam-se ainda, como critérios de escolha do método, a necessidade de especialização técnica e o sentimento (especialmente para o investidor privado) de neutralidade dos julgadores. Acima disso, e de especial interesse para esta tese, revelam-se como relevantes componentes da análise de adequação, a ser feita pela Administração Pública, os efeitos externos ao método: a atração de investimento e a criação de um ambiente negocial convidativo, a serem ponderados com o custo marginal acrescido por essa solução que não se aproveita da escala judiciária e com a eventual necessidade de que se garanta homogeneidade na decisão de casos semelhantes.

6.3.2. Uma alternativa a comparar: comitê de resolução de disputas (*dispute board*)

Um método relativamente novo tem despertado ainda mais atenção que a arbitragem na busca por ainda mais celeridade, especialização de conhecimento e criação de um ambiente negocial amigável: o *dispute board* (cf. 1.4.4). Típico de contratos de obras públicas, surge para que se “permitisse o sequenciamento dos trabalhos sem interrupções”,⁸⁵⁸ o que é particularmente relevante nessas construções que envolvem uma cadeia de obras que se condicionam e cujos atrasos interferem no cronograma do projeto como um todo. Desde sua

⁸⁵⁸ SALLA, Ricardo Medina; FIGUEIREDO, Augusto Barros de, Conceituação dos Dispute Boards, in: FIGUEIREDO, Augusto Barros; SALLA, Ricardo Medina (Orgs.), *Manual de Dispute Boards: teoria, prática e provocações*, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 32.

origem, os comitês de resolução de disputas estão relacionados não só com o impacto imediato do conflito na relação contratual, mas também com o impacto sistêmico que pequenos conflitos podem causar na prestação de serviços públicos.

Surgido na construção de grandes obras públicas nos EUA (o *Boundary Dam* de Washington, em 1960 e o túnel *Eisenhower* do Colorado, em 1975), reporta-se que, ao longo de sua aceitação no âmbito da infraestrutura, o instituto passou de quase desconhecido, em 1982, para uma ferramenta usada em 1.400 projetos na América do Norte, em 2004.⁸⁵⁹

Um deles foi a construção do Túnel da Artéria Central de Boston. A fim de apurar efetiva economia decorrente da previsão de *dispute board* nos preços de contratos de construção relacionados à obra, entre 2002 a 2006, Kathleen Harmon comparou a diferença entre a estimativa de custos projetados por engenheiros e a oferta vencedora. Nos casos em que havia cláusula de *dispute board*, a diferença foi de 13,4%; nos que *não* havia sua previsão, foi de 12,25%. A autora concluiu, assim, que “não houve significância estatística na redução do preço das ofertas de contratos com DRB ou sem DRB”.⁸⁶⁰ No caso, portanto, **não se apurou impacto nos preços de oferta** devido ao *dispute board*, colocando em dúvida sua capacidade de reduzir *expectativas* sobre os custos de transação. Por outro lado, deve-se ressaltar que foram excluídos do estudo justamente os contratos de oferta pública (*procurement contracts*), o que prejudica a extensão da conclusão para a presente tese.⁸⁶¹ Ademais, embora a *expectativa* inicial de preços possa não ter sido afetada, isso não quer dizer que não tenha havido redução de custos de transação *de fato*.

Ilustrativo desses contrapontos, um testemunho de advogada pública do Condado de Miami-Dade (Flórida, EUA) é digno de nota. Além de relevar como os custos de transação podem ser diminuídos *ou aumentados*, a depender de como o *dispute board* é usado, seu relato contextualiza o seu uso no setor público, demonstrando como a adaptação do instituto

⁸⁵⁹ TOSHIHIKO, Omoto, Dispute Boards, Resolution and Avoidance of Disputes in Construction Contracts, in: *Proceeding of TC302 Symposium Osaka 2011*, Osaka: Kyoto University, 2011, p. 122–132.

⁸⁶⁰ HARMON, Kathleen M., Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, v. 1, n. 1, p. 18–31, 2009, p. 21.

⁸⁶¹ Ademais, sob um ponto de vista metodológico, poderia ser questionado se os contratos são comparáveis ou se seria necessário comparar ofertas para diferentes minutas, com e sem a cláusula, para o exato mesmo contrato, como proposto por: JUNQUEIRA, *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*, p. 233. No citado estudo de Harmon, porém, é de se reconhecer que os dados se referem a uma mesma obra, embora se refiram a diferentes partes do projeto.

à cultura administrativa não é trivial para que o método possa cumprir suas promessas de celeridade e cooperatividade:

Como uma *assistant county attorney* no Condado de Miami-Dade, escrevi minha primeira cláusula contratual de DRB há uns 10 anos, referente a um novo projeto de centro artístico, estimado em 450 milhões de dólares. (...) Inseri no contrato um procedimento que requeria que uma demanda por compensação ou performance deveria ser formalmente apresentada à outra parte e rejeitada antes que o assunto pudesse ser discutido no comitê. Então deveria ser endereçado pelos diretores executivos e mediado antes de poder ser submetido ao DRB. (...) Eu não poderia estar mais errada. A estrutura de etapas se mostrou penosa e ineficiente. Quando a mediação começava, as partes já tinham assumido posições adversariais. Toda e cada mediação terminou em impasse. As disputas levadas ao DRB eram sempre obsoletas e perecidas, tendo sido fonte de irritação para ambas as partes por meses antes da primeira audiência do DB. Nenhuma intervenção em ‘tempo-real’ foi possível porque o procedimento desenhado impedia isso. As apresentações dos advogados eram todas coreografadas e as informações fornecidas filtradas. Documentos em massa eram submetidos ao comitê (...).

Meu segundo projeto usando DRB foi um projeto de conclusão de expansão do Terminal Norte do Aeroporto Internacional de Miami, estimado em 2 bilhões de dólares. (...) O DRB não tinha o processo de ‘etapas’ (...) nenhum advogado representando o dono da obra ou o empreiteiro atendeu qualquer das reuniões do DRB. Nenhuma audiência de disputa formal foi requerida ou realizada. Em 2011, o projeto foi premiado com o Gold Award do Construction Owners Association of America por administração contratual exemplar. Coincidentemente, ao mesmo tempo, o Condado estava construindo um novo Terminal Sul com o mesmo empreiteiro. Embora fosse um terminal menor (menos de 1 bilhão de dólares) e um projeto *greenfield* (isto é, sem nenhuma amarra de construções anteriores), o Terminal Sul experenciou massivas demandas com litígios [judiciais] consequente.⁸⁶²

Do depoimento se extrai, em primeiro lugar, que a mera formalização das controvérsias intensificava as disputas, revelando, em segundo lugar, que a ordem do escalonamento dos métodos é relevante, pois o requerimento formal prévio diminuiu a efetividade da mediação e do *dispute board*, o que parece ter sido agravado também pela presença de advogados que devam contornos jurídicos adversariais para o conflito. Justamente por ter ocorrido em país com cultura negocial mais presente na Administração Pública do que o Brasil, o caso é um alerta sobre os reflexos que podem advir de uma equivocada tentativa de “adequar” o desenho do processo de solução de conflitos.

Na América Latina, o desenvolvimento do *dispute board* foi impulsionado, assim como ocorreu com a arbitragem, por organismos internacionais de financiamento, a

⁸⁶² MASTIN, Deborah Bovarnick, *Government Construction Headaches: Dispute Review Boards to the Rescue*, *Public Lawyer*, v. 23, n. 2, p. 3–8, 2015, p. 7.

exemplo do Banco Mundial, que inicialmente colocou o instituto como uma recomendação e depois passou a colocá-lo como obrigatória em seus contratos, impactando os contratos-modelo da Federação Internacional de Engenheiros Consultores (FIDIC), cujos padrões são adotados por “mais de 50% de toda a construção civil do planeta”, nos quais a antiga figura do “engenheiro-consultor” foi substituída por uma junta de *experts* independentes.⁸⁶³ Por consequência, novamente a Administração Pública se viu provocada a aderir a um método, mais do que por estar convicta de sua “adequação”, em razão de um fator externo: sem a adesão não há investimento.

Na região, a obra das barragens de *El Cajon*, em Honduras, foi um dos casos paradigmáticos que inspiraram a introdução do *dispute board* nas políticas do Banco Mundial. No Peru, seguindo os passos da arbitragem, a “*junta de resolución de disputas*” se tornou obrigatória em contratos com o Estado peruano (Lei nº 30.225), mas, na prática, não se tem notícia de sua implantação. O instituto foi usado, ainda, nas obras do Canal do Panamá, uma das maiores obras já feitas na região, porém ali “as costumeiras eficiência e efetividade do *dispute board* não têm sido tão grandes”.⁸⁶⁴

No Brasil, foi inserido pela primeira vez, também por exigência do Banco Mundial, no contrato de construção da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo. Mais tarde, o paradigmático caso em que o desconhecimento e o desprestígio do instituto pelas autoridades teria sido uma das razões para a prisão do presidente da estatal Desenvolvimento Rodoviário S.A. – DERSA, que realizara pagamentos ditos devidos pela junta de solução de conflitos, contribuiu para que o *dispute board*, nascido para diminuir custos de transação das *partes* contratantes, passasse a ser visto como elemento de risco para os seus *representantes*.⁸⁶⁵

⁸⁶³ MARCONDES, Fernando; MARCONDES, Fernando, Os sistemas de soluções de conflitos nos contratos FIDIC, in: *Soluções de disputas em contratos de construção na América Latina*, São Paulo: Pini, 2016, p. 17–18.

⁸⁶⁴ MARCONDES, Fernando, Dispute Board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina, *Cadernos FGV*, v. 12, n. 30: Solução de Conflitos, p. 98–115, 2017, p. 106.

⁸⁶⁵ Vide, e.g., caso julgado no Tribunal de Constas do Estado de São Paulo, em que “o pedido de instauração da Junta se deu por iniciativa das construtoras, diante da decisão da DERSA de suspender os pagamentos pelos serviços de remoção dos matacões, além de determinar o estorno dos valores já pagos. Ocorre que a decisão final da Junta entendeu que os pagamentos eram, de fato, devidos, o que motivou a DERSA a notificar formalmente sua insatisfação com a decisão e intenção de iniciar uma arbitragem. Inobstante a resistência de pagamento demonstrada pela DERSA, seus dirigentes foram acusados de ter atuado em conluio com os representantes das empresas contratadas para realizar os pagamentos de forma ilícita. Chama atenção, todavia, que a denúncia apresentada pelo MPF sequer faz referência à existência de uma Junta de Resolução de

Nesse contexto, como tantas vezes ocorre no setor público, para segurança dos gestores houve por bem o parlamento tornar *legislado* um instituto que já era *legal*. Assim o *dispute board* foi previsto pela primeira vez na legislação brasileira na Lei 16.873/2018 do Município de São Paulo, que “reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo”,⁸⁶⁶ e depois foi reconhecido nacionalmente pela Lei 14.133/2021 (art. 151). É sintomático, tanto da sua vocação para obras públicas como da sua interferência no jogo de riscos transacionais do setor estatal, que as únicas previsões legislativas sobre *dispute board* digam respeito à Administração Pública.

O *dispute board* revela, assim, talvez mais que qualquer outro método, a preocupação com os reflexos das discussões jurídicas na efetiva concretização do interesse público, e evidencia, mais uma vez, a importância da **viabilidade institucional** de emprego do método dentre os quesitos de “adequação” a serem calibrados na programação da *política de solução de conflitos administrativos*.

6.3.3. Direito comparado: tribunais administrativos *com* negociação nos EUA

Um dos exemplos mais eloquentes da importância da solução de conflitos para o resultado da atividade pública foi a instituição, nos EUA, durante as 1ª e 2ª Guerras Mundiais, de Comitês de Apelações Contratuais em tempo integral, para solucionar disputas de logística de guerra (*full-time Board of Contract Appeals*). Não é diferente em tempos de paz, em que contratos com entes públicos não só concretizam atividades estatais como representam parcela significativa da economia global. Mais uma vez, vê-se que *políticas contratuais* da

Conflitos, quicá à sua decisão, em qualquer uma de suas 40 (quarenta) página. Há relatos, também, de que o Delegado Federal que atuou no caso teria classificado o valor dos trabalhos da Junta como ‘*infinitamente inferior ao valor probatório que deve ser dado aos trabalhos dos peritos e técnicos oficiais do TCU, CGU-Controladoria Geral da União e da Polícia Federal*’. Ou seja, não discutiu conteúdo, mas veiculou um juízo enviesado baseado numa suposta hierarquia institucional. Não se trata de uma omissão irrelevante. Qualquer que seja o contrato, se um determinado aditivo é feito em cumprimento a uma decisão de um CRD com poderes para emitir deliberações vinculativas (DAB), das duas uma: ou inexistente qualquer ato volitivo das partes, que se limitaram a cumprir uma decisão obrigatória (ausência de dolo); ou os membros da Junta também participaram do conluio, e, havendo indícios disto, deveriam estar impreterivelmente incluídos na denúncia”: DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga, *Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública: análise de eficiência, potencialidades e melhores práticas*, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022, p. 62–63.

⁸⁶⁶ Fruto do Projeto de Lei nº 577/2017, do Vereador Caio Miranda Carneiro.

Administração e suas respectivas *políticas de solução de conflitos* têm escala ampla, com efeitos que se externalizam para além dos contratantes.

Conforme visto (Parte I), esse sistema de tribunais administrativos (“*legislative courts*”) ainda vigora no EUA e denota, senão uma confiança na autotutela dos gestores propriamente ditos, ao menos uma deferência à governança administrativa. Ademais, dentro da cultura dos EUA em que se evita levar até o final o procedimento adjudicativo, o curso do processamento dessas demandas acaba assumindo um valor que se aproxima de uma avaliação neutra de terceiros (por vezes, encaminha-se o caso ao instituto propriamente dito). A função exercida por *dispute boards*, especialmente os recomendatórios, não é muito distante.

O estudioso brasileiro, porém, acostumado com o foco nos métodos heterocompositivos, não pode negligenciar o fato de que, nos EUA, há maior deferência às soluções negociadas pela Administração.⁸⁶⁷ Métodos negociais, auxiliados ou não por terceiros, têm aptidão de se infiltrar em outros métodos (*e.g.* suspensão do processo para mediação) e, por isso, podem acabar subestimados. Há quem aponte que isso chega a ser um “problema metodológico” nas pesquisas sobre métodos de solução de conflitos,⁸⁶⁸ as quais têm dificuldade em captar esse “subproduto” importante dos mecanismos que submetem a controvérsia à avaliação de terceiros imparciais — não só a arbitragem e o processo judicial, mas a “avaliação neutra de terceiro” e os tantos outros métodos afins: o de promover a compreensão das partes quanto a suas reais chances de vitória, favorecendo o entendimento comum das litigantes a respeito da controvérsia. Nos EUA, portanto, a existência de um sistema “heterocompositivo” de natureza administrativa não exclui as negociações “autocompositivas”.

A *negociação* pode ocorrer tanto na fase pré-contratual — o que, lembre-se, determinará a distribuição de poderes contratuais, de modo que a *falta de negociação* delimitará os *resíduos* de poderes —, como durante ou depois da execução contratual — diante de um conflito já instaurado, para cuja solução será necessário fazer valer os direitos residuais de decisão *ex post* que cada contratante acredita ter.

⁸⁶⁷ Baseia-se essa informação na pesquisa de campo junto a advogados públicos nos EUA. Neste ponto, agradece-se à gentileza dos integrantes do *Federal Mediation and Conciliation Service*, bem como aos advogados públicos dos EUA, cujos nomes se reservam, contactados por ocasião de visita à *Yale Law School*, cujos professores confirmaram o mesmo sentimento.

⁸⁶⁸ BINGHAM *et al*, *Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes*, p. 236.

Para além do “término” do litígio em si, é importante lembrar que **o objetivo da negociação, mediada ou não por terceiro, não é necessariamente “fazer um acordo”**. A negociação, a conciliação e a mediação se prestam, antes, como ferramentas para **conferir eficiência ao diálogo** das partes, cuja comunicação pode estar prejudicada em razão do desgaste da relação, por assimetria de informações ou mesmo por incompreensão da própria parte a respeito de elementos do conflito.

A despeito de terminar em acordo, é possível e desejável que esses métodos sejam usados para que as próprias partes tenham melhor compreensão sobre o conflito, entendendo as pretensões e argumentos da parte contrária, localizando possíveis pontos de concordância (descobrimo, portanto, “*falsos conflitos*”) e revendo suas pretensões e argumentos, de sorte que eventual prosseguimento do conflito em outra instância (*e.g.* arbitragem ou judicialização) ocorra de modo mais maduro, informado e eficiente. É claro que a obtenção de um acordo é positiva, mas não deve ser colocada como um objetivo acima desses outros, sob pena de que nenhum deles seja alcançado.

No Brasil, obviamente, não só por questões típicas do setor de infraestrutura como por outras naturais de qualquer organização corporativa, pública ou privada, reuniões já são rotineiras na Administração. Ouvir e ser ouvido são atos que não ocorrem só nos autos de processos administrativos. Mais que isso, o salutar e às vezes indispensável exercício criativo de conversar sobre caminhos hipotéticos de solução não se faz por cartas e ofícios. Em razão da pecha do instituto, porém, evita-se chamar esses atos de negociação.

É preciso superar essa concepção sobre o ato de negociar. O ranço da indisponibilidade, os jornais repletos de notícias de corrupção e a baixa deferência dos órgãos de controle aos gestores públicos aumenta os riscos de quem se dispõe a negociar em nome da Administração.⁸⁶⁹ Somando-se isso à estabilidade de emprego, ao conservadorismo da jurisprudência administrativa e ao fato de que a mera suspeita (mesmo que depois desmentida) basta para macular reputações, servidores públicos de carreira se tornam agentes naturalmente avessos ao risco (*risk-averse*) de negociar. Aos corajosos honestos resta a ainda mais arriscada posição de se colocar no grupo de *risk-takers*, naturalmente povoado também por aqueles que se importam menos com regras.

⁸⁶⁹ SANTOS, *Direito administrativo do medo*.

Assim, o preconceito forma um ciclo vicioso que afasta os bons gestores dos métodos mais eficientes de solução de conflitos. Para qualquer deles, porém, a negociação nos contratos de infraestrutura é inescapável caso não se queira fazer letra morta da hipótese legal de alteração contratual por acordo das partes (Lei 8.666/1993, art. 65, II; Lei 14.133/2021, art. 124, II). O efeito colateral é que, na ânsia de negar a natureza negocial dessas conversas, deixa-se de aproveitar das técnicas que uma negociação profissional pode proporcionar, aptas a melhorar a eficiência da comunicação entre as partes, reduzir suas assimetrias informacionais e qualificar sua tomada de decisão. O amadorismo acaba ocupando esse precioso lugar e a população pagando o custo dessa oportunidade perdida.⁸⁷⁰

Nesse contexto, dar à negociação procedimentos formais pode ajudar a diminuir tais riscos. A previsibilidade e a documentação dos atos permitem que a tomada de decisão seja validada progressivamente, a cada etapa, dando segurança aos participantes da negociação, além de dar transparência à tomada de decisão.

Ademais, uma negociação profissionalizada, direta ou intermediada, facilita que as partes trabalhem em *interesses*, em vez de *posições*, o que é potencializado pelo fato de que a solução negocial decorre da reflexão das próprias partes, não está adstrita à percepção de um terceiro estranho ao problema.⁸⁷¹ No âmbito público, isso pode ser valioso para que o foco seja mantido na realização da política pública subjacente ao conflito, evitando que a controvérsia se sobreponha a esse objetivo maior.

6.4. CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

6.4.1. Indicativos de objetivos (interesses) públicos

Ao menos no âmbito dos contratos de infraestrutura, verifica-se que o interesse público está vinculado, de modo imediato, à obra ou serviço público contratado, cujo produto constituirá uma “utilidade” (*utilities*) necessária para que a parte da população que dele usufruir possa desenvolver outras atividades socioeconômicas (*e.g.* transportar-se, manter as condições sanitárias de suas residências e comércios, obter energia elétrica, entre outras), além, claro, do

⁸⁷⁰ Cf. SOUZA, Em busca de uma administração pública de resultados.

⁸⁷¹ FISHER; URY, *Getting to Yes*.

vínculo à economicidade orçamento público (= evitando desperdício do trabalho da população geradora da riqueza da qual advêm os tributos que constitui o erário).

Ainda nessa perspectiva direta, as contratações públicas de infraestrutura envolvem um tipo especial de macro-conflito, na medida em que são um raro espaço em que a definição *in concreto* do interesse público pode ser feita de modo artesanal (*eg.* tratando da priorização e das características da construção de uma específica ponte). Entre o remédio e o veneno, o caso de Mondego alerta para a necessidade que a participação popular e as oportunidades de revisão de um projeto não se percam na ilusória premissa de que seria possível chegar a uma decisão perfeita e unânime. No mundo real, ou se aceitam margens de erro e de insatisfação, ou o interesse público não sairá do plano das ideias. A obtenção de uma decisão legitimada é, portanto, uma preocupação relevante na fase pré-contratual.

De modo mediato, o interesse público está presente no ambiente negocial a ser criado pela *política contratual* do ente público, cujos padrões criam expectativas nos atores do mercado, as quais impactam tanto as condutas dos que pretendem contratar com o Estado (*e.g.* ao precificar as ofertas que farão em licitação), como daqueles que, diante da grandeza da participação pública no mercado, acabam sendo indiretamente afetados (*e.g.* fornecedores dos insumos usados nas obras). Pode-se notar, ainda, influência na própria percepção de confiança da população no Estado, como visto no caso de Mondego.

Nesse paradigma empresarial de governo,⁸⁷² é intuitivo que o emprego de instrumentos contratuais de ação traga consigo o anseio pelos métodos de solução de conflitos que lhe são inerentes (ou “mecanismos privados de resolução de disputas”, como chamado na Lei 8.987/1995, art. 23-A, e na Lei 11.079/2004, art. 11, III).⁸⁷³ Fazer esse planejamento para toda a rede contratual do Estado importa porque negócios dependem não só de cláusulas

⁸⁷² Sobre tal paradigma (cujo nome é atribuído a Roberto Cavalcanti de Albuquerque), marco do modelo de “administração gerencial” que substituiu a “administração burocrática”: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, Da administração pública burocrática à gerencial, *Revista do Serviço Público*, v. 120, p. 7–40, 1996, p. 24.

⁸⁷³ O fenômeno da contratualização administrativa induz a absorção dessa “lógica privada”, já que, “enquanto *prática*, o contrato é um projetor de trocas emanado numa matriz social fundada (...) [em] especialização do trabalho e da troca, o sentimento de escolha, aparente ou real, e seu exercício, e a consciência do passado, presente e futuro”: MACEDO JR., Ronaldo Porto, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 2007, p. 126. O autor parte da concepção de François Ewald (*L'état providence*) de que o próprio direito é uma categoria de pensamento de qualificação de certas práticas: normativas, de coerção, social, política e de racionalidade (p. 124, nota 4). – Falando em “privatização” da solução de conflitos: BARBOSA MOREIRA, Privatização do processo?

internas, mas de todo seu ambiente institucional de exequibilidade, conforme ensina a *teoria da escolha contratual*.⁸⁷⁴ Na medida em que “as partes podem alcançar mais ganhos contratuais pela variação das regras procedimentais que governam suas disputas nas cortes”,⁸⁷⁵ é preciso que a política contratual do Estado esteja alinhada com uma política de solução de conflitos atenta, consciente das múltiplas portas que o sistema oferece.⁸⁷⁶

Conforme visto, é recorrente a expectativa de que essas alternativas “privadas” reduzam custos de transação com o Estado, gerando economicidade. Não se pode ignorar, porém, a carência de dados empíricos que comprovem essa redução. Ainda assim, à parte do estudo do Túnel da Artéria Central de Boston, que não localizou diferença significativa entre a precificação de contratos (*não sujeitos a concorrência pública*) com e sem cláusula de *dispute board*, nota-se convicção de grandes investidores, especialmente dos bancos multilaterais, de que esses mecanismos são importantes a ponto de constituírem condição *sine qua non* para que concedam financiamentos que representam parte importante dos investimentos em infraestrutura no Brasil.⁸⁷⁷

Nesse sentido, o interesse público da *política de solução de conflitos* da Administração coincide com a instrumentalização de uma *política contratual* capaz de criar um ambiente negocial favorável, o qual, no caso dos financiamentos internacionais, parece depender da introdução dos modos “privados” de tratamento de controvérsias. **Economicidade, efetividade e atratividade**, sobretudo nos micro-conflitos contratuais, além da **legitimação** das decisões “macro”, parecem nortear os interesses públicos aqui envolvidos.

⁸⁷⁴ “Arranjos institucionais (contratos) somados ao ambiente institucional definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como os remédios para o não cumprimento das promessas”: STAJN; ZYLBERSTAJN; AZEVEDO, *Economia dos contratos*, p. 104. Os autores apontam que ainda que “são considerados arranjos contratuais aqueles internos às firmas que definem as relações entre agentes (...) podendo ser estendidos para as transações entre o Estado e o setor privado (regulação)” (*ibidem*).

⁸⁷⁵ SCOTT; TRIANTIS, *Anticipating Litigation in Contract Design*.

⁸⁷⁶ Referindo-se à evolução legislativa brasileira que tem “arraigado entre nós um consistente sistema multiportas de resolução de litígios”, e afirmando que “o Estado – em suas múltiplas vestes – não poderia ficar imune a esta tendência” de estímulo à “solução de litígios por outros meios que não o processo estatal”: CARMONA, *Arbitragem e administração pública - primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública*, p. 8.

⁸⁷⁷ Cf. COSTA, Carlos Eduardo Lampert; GONZÁLEZ, Manuel José Forero; DE ALMEIDA, Nathália Filgueiras, *A lógica de funcionamento dos bancos multilaterais de desenvolvimento e o seu relacionamento com o Brasil no período 1990-2012*, *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 16, p. 57–74, 2014.

6.4.2. Comparações e indicativos de adequação

Os casos aqui estudados sobre relações negociais do Estado trouxeram como critérios indicativos de “adequação”: (i) celeridade, (ii) especialização, (iii) confiança, (iv) custo e (v) isonomia/homogeneização de decisões.

A **celeridade** está vinculada a preocupações quanto ao impacto nos cronogramas de obra, que conjugam intrincados projetos que se condicionam, bem como nos respectivos fluxos de caixa de investimentos, dada a interferência nas projeções de custos operacionais (*operational expenditures – opex*) e de capital (*capital expenditures – capex*). Relaciona-se, portanto, com os específicos interesses públicos da economicidade financeira e da efetividade da atuação estatal.

A preocupação com **especialização** tem raízes parecidas. Conhecimentos especializados podem salvar tempo na compreensão do conflito, bem como permitir que sejam captadas nuances do problema não perceptíveis por quem não está familiarizado. Aqui, vê-se não só a introdução de profissionais de formações não-jurídicas, especialmente econômicas e de engenharia, como também uma fuga aos advogados, cuja postura adversarial pode ser percebida como agravadora do problema, a ver pelo depoimento sobre a obra do centro de arte no Condado de Miami-Dade. Novamente, economicidade e efetividade são os interesses públicos norteadores.

A **confiança** se relaciona a esses aspectos. Não se trata só de controle de conflitos de interesses, os quais, se presentes, excluem logo a possibilidade de intervenção, em razão de impedimento ou suspeição do terceiro. Trata-se de tentativa de neutralização de vieses e de garantia de que específicas facetas da controvérsia serão aprofundadas. Demonstra-se, com isso, que a “adequação” não está só na forma, mas também nos sujeitos e instituições que participam da solução, que, com seu conhecimento especializado e *disponibilidade de tempo* reservada para cuidar do caso, conseguem proporcionar ajustes mais finos em prol da efetividade do projeto.

O **custo**, por sua vez, é contraponto à “privatização” dos modos de tratar controvérsias. Não porque a Justiça pública seja gratuita (não é, envolve despesas custeadas pelo próprio erário), mas porque sua escala é tal que é desprezível o custo marginal para julgar mais uma centena de casos (como parece ser o universo dos conflitos aqui tratados). Só se

justifica deslocar do Judiciário casos em que a celeridade, especialização e confiança dos métodos “privados” possam agregar novas forças na concretização dos interesses públicos visados, como parecer ser o caso das controvérsias de infraestrutura, a ver pelos dados colhidos.

Pelo mesmo motivo, eventual necessidade de **homogeneização** de decisões pode fazer com que não sejam adequadas ferramentas como arbitragem, a qual tem vocação para casos em que sobressaem questões fáticas e de técnica não-jurídica. Embora tenha a mesma vocação, o *dispute boards* em si não é incompatível com esse aspecto, desde que (ausente previsão escalonada que direcione as direções à arbitragem) suas decisões possam ser revistas judicialmente. Pela mesma razão, negociação, intermediada ou não por mediadores ou conciliadores, também podem ser utilizadas, não só porque passíveis de revisão por órgão homogeneizador, mas também porque — repita-se — seu objetivo não é o acordo necessariamente, mas o esclarecimento da controvérsia e transformação da comunicação entre as partes em um diálogo eficiente.

6.4.3. À guisa de conclusão: impactos sistêmicos na análise de adequação

Como visto, o cruzamento entre, de um lado, os objetivos de interesse público na legitimação, economicidade, efetividade e atratividade dos negócios contratuais e, de outro lado, os variados graus de celeridade, especialização, confiança, custo e homogeneidade de decisões constituem a matriz de opções disponíveis para se tentar chegar ao método “mais adequado” para a controvérsia contratual de infraestrutura pública.

Assim, por exemplo, nos macro-conflitos da fase pré-contratual, em que a eleição do projeto como uma prioridade ainda é uma questão, a preponderância do objetivo de legitimar a decisão pode justificar o uso de audiências públicas, sabendo-se que gerarão expectativas nos participantes, as quais, se não bem endereçadas, podem se transformar em *conflitos latentes* em torno do projeto e, como visto em Mondego, impedir a concretização da obra, além de piorar a crise de confiança da população em relação ao Poder Público. É preciso consciência e habilidade para manejar tais meios, pois suas consequências diretas e indiretas são incompatíveis com seu uso meramente protocolar.

Nos micro-conflitos da fase contratual, por sua vez, ainda pode haver casos de interesse mais coletivo (*e.g.* impactos ambientais e sociais do contrato), os quais deverão ser

endereçados aos foros legitimados para representar a extensão desses interesses (*e.g.* processo judicial), mas, obviamente, na medida em que a contratualização especifica direitos, questões mais bem delimitadas surgirão e disto se pode aproveitar para que alternativas de métodos de solução sejam experimentados.

Assim, por exemplo, em questões técnicas incidentais à execução da obra, sobressaem a celeridade e a especialidade como necessárias para a efetividade do contrato, por meio de mecanismos como o *dispute board* ou arbitragens expeditas. Neste ponto, estipulações como **limites de alçada** para a decisão do comitê ou do árbitro (*e.g.* arbitragem de níveis mínimo e máximo – *high-low arbitration*) podem ser úteis para que se constitua uma esfera controlada de patrimonialidade disponível, ajudando a **delimitar o risco** que se quer assumir ao aderir a métodos que prestigiam celeridade em detrimento da extensão ou profundidade do contraditório. Não se trata de optar por decisão de menor qualidade. Deve-se lembrar que *todo* método e *qualquer* decisão são falhos, de modo que se trata, na verdade, de *escolher quem* está mais apto a falhar menos ou a produzir menos impactos com suas falhas (trata-se, portanto, de *análise institucional*). Dentro daquela esfera controlada de patrimonialidade, que pode ser precificada com antecedência na matriz de riscos do contrato, é possível que uma (imperfeita por natureza) decisão de *dispute board* que possibilite o prosseguimento da obra seja mais benéfica ao interesse público do que a (igualmente imperfeita por natureza) decisão jurisdicional proferida depois de anos de interrupção da obra.

Para tanto, é preciso que o tomador de decisão tenha **legitimidade e deferência suficientes** para que sua decisão seja estável. A confiança no sujeito que exercerá esse papel é elemento primordial para que essa opção seja adequada. Pelo mesmo motivo, a confiança, a legitimidade e a deferência a quem exerça poderes transacionais são indispensáveis para que mecanismos como negociação, mediação e conciliação possam ser empregados. Do contrário, não se poderá esperar de tais métodos que cumpram o objetivo de criação de um ambiente negocial amigável, por exemplo.

Tais ponderações se colocam tanto no momento de estipular as cláusulas do contrato como ao longo da execução contratual.

Na modelagem de contratos administrativos, já não é estranha a necessidade de lidar com essa fluidez de possibilidades. Neste aspecto, **cláusulas escalonadas** (*e.g.* conciliação prévia à arbitragem) cumprem um papel que não se limita a organizar a sucessão de métodos

aplicáveis (e.g. do “mais amigável” para o “menos amigável”), mas também de controlar a extensão dos assuntos passíveis de discussão em cada momento (e.g. naturalmente mais fluidos na conciliação, permeável que é aos aspectos subjetivos da relação, e menos fluidos nos métodos jurisdicionais, que têm por objeto pedidos específicos com base em pontos controvertidos).

O **poder de escalonar métodos** de solução de conflitos, portanto, nada tem de trivial, já que essas cláusulas funcionam como verdadeiros filtros sobre *o que* e *quando* cada assunto pode ser debatido *por quem*. Ao celebrar uma cláusula de solução de disputas, a Administração não está apenas assumindo mais uma mera obrigação contratual, mas, como visto (cf. 6.1.2.2), está *decidindo os poderes residuais de decisão*. Isso justifica por que a enumeração de matérias sujeitas a métodos determinados é uma técnica vista não só em contratos, mas também em decretos regulamentares e até mesmo na lei.⁸⁷⁸ não se trata de uma classificação que considera apenas a *natureza* dos objetos (e.g. patrimonial ou não), mas também de uma *decisão política, discricionária, sobre a conveniência e a oportunidade quanto ao momento, a extensão e o ambiente institucional das discussões administrativas*. Novamente, aspectos institucionais se revelam tão importante quanto os materiais e formais

Desde que motivados e escolhidos por quem tenha legitimidade para tanto, tais (inevitáveis) recortes serão válidos. A motivação, evidentemente, deve refletir a pertinência finalística entre o método e o objetivo visado: se a prioridade é a rápida solução de uma questão técnica de engenharia para manter a segurança do canteiro de obra, não se justifica diluir a discussão em foro de amplo debate popular; igualmente, se for o cálculo econômico-financeiro a fim de evitar enriquecimentos sem causa, um método com afinação técnica será mais pertinente; por outro lado, se a discussão residir na conveniência e oportunidade do prosseguimento da obra, a inexistência de uma zona de certeza para responder tal questão dificultará uma tomada de decisão em foros que não sejam essencialmente políticos.

⁸⁷⁸ Vide, por exemplo, o Decreto federal 10.025/2019, que dispõe “será dada preferência à arbitragem: I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários” (art. 6º, §1º), e a Lei 13.140/2015, que dispõe que “compreendem-se na competência das câmaras [de autocomposição da Advocacia Pública] a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares” (art. 32, §5º).

Diante de um conflito já instaurado, essas ponderações ainda são pertinentes, afinal, cláusulas contratuais (de solução de conflitos, inclusive) jamais esgotam a infinitude de controvérsias possíveis.

Mesmo controvérsias que estão em zonas de certeza *in abstracto* podem demandar ponderações dessa natureza. A equação econômico-financeira do contrato, por exemplo, embora em tese possa ser resolvida por meras operações de cálculo, atrai um leque de indagações — *e.g.* é de interesse público o custeio de uma perícia milionária para se obter os dados necessários ao cálculo? deve prevalecer a economicidade da perícia em comparação com o valor da controvérsia ou a simbologia do precedente que formará? Bastasse a matemática, uma calculadora seria suficiente para resolver a controvérsia. Sendo, porém, necessárias decisões prévias (*e.g.* custo-benefício do processo de cálculo em si), torna-se imprescindível que, em algum nível, seja introduzida uma decisão humana. Demonstra-se, com isso, que **até mesmo condutas processuais da Administração podem pressupor decisão política**, invocando, portanto, objetivos de interesse público radicados além do caso concreto.

TABELA 3 - IDEIAS-CHAVE NA POLÍTICA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

(cenário de obra que depende de reequilíbrio financeiro do contrato; perspectiva de obrigações recíprocas da/para com a Administração)

	perfil do conflito	horizontes de solução	alternativas de método
objetos / objetivos	<p>Posições: crédito vs. débito (poder-dever negocial)</p> <p>Interesses: obtenção da infraestrutura; economicidade vs. retorno devido, além de questões reputacionais e de habilitação para contratar</p>	<p>Zona de certeza: direitos contratuais específicos</p> <p>Zona de incerteza: direitos contratuais residuais; questões fáticas ou de técnicas extrajurídicas</p>	<p>Padrão: foco nas posições contratuais, na jurisdição arbitral ou judicial (esta última com preocupações de homogeneização)</p> <p>Alternativa: foco em questões técnicas e no interesse de realização do objeto contratual, no <i>dispute board</i></p>
sujeitos / instituições	<p>Micro: Estado-contratante vs. contratado</p> <p>Macro: população beneficiária da obra; precedentes impactam expectativas dos futuros contratados</p>	<p>Competências: há leque de possibilidades de <i>autotutela</i>, <i>autocomposição</i> e <i>heterocomposição</i></p> <p>Capacidades institucionais: tradicional rigidez negocial que aumenta com contestabilidade política</p>	<p>Padrão: atores da Adm. são incentivados a sustentar posições (recusar o erro) e a evitar “derrota” na <i>adjudicação</i></p> <p>Alternativa: atores da Adm. são incentivados a admitir erros e soluções sem interrupção contratual, na <i>negociação</i> pautada pelo <i>dispute board</i> (ou para evitar <i>adjudicação</i> deste)</p>
formas / procedimentos	<p>Conflitos estruturado: disputa de deveres vs. direitos contratuais (alguns potestativos)</p> <p>Estruturas alternativas: e.g. diálogo informado para delimitação consensual dos pontos de (des)acordo</p>	<p>Em geral, autotutela, autocomposição e heterocomposição assumem forma de ato, negócio e processo jurídicos, mas já se reconhece o valor do processo em todos eles (na autotutela inclusive).</p>	<p>Padrão: conduta típica é demandar ou contestar com base em lógica binária (lícito/ilícito; ganhar/perde)</p> <p>Alternativa: condutas “consensuais” em vez de “contenciosas”</p>
alternativas	<p>→ interesses públicos (eficiência) são ocultados a depender das <i>posições</i></p> <p>→ estruturas alternativas podem reduzir assimetrias de informação</p>	<p>→ dinâmica de controle e segurança institucional refletem na aversão ao risco do agente e, assim, na rigidez negocial</p> <p>→ zonas cinzentas exigem juízo subjetivo; não se trata de “mitigação” da legalidade</p>	<p>→ especificidades sobre fatos têm leque maior de foros de decisão do que questões de direito, que tendem a requer uniformização (isonomia)</p> <p>→ foco em questões técnicas pode ajudar a diminuir oportunismos; focar questões jurídicas não basta para garantir segurança jurídica</p>
impactos /			

Elaboração própria.

CONCLUSÃO

Conscientemente ou não, políticas públicas (*policies*) de solução de conflitos administrativos estão em curso no Brasil. Diante disso, e considerando que no Estado de Direito a atuação estatal deve ser racionalmente justificada, impõem-se investigar essa racionalidade. Ao se trazer a Administração Pública para o *sistema multiportas de resolução de litígios*, em que cabe às partes optar por uma das alternativas de métodos, judiciais e extrajudiciais, colocadas à disposição pelo Direito para solução de conflitos, torna-se necessário, portanto, compreender como tal escolha é (ou deveria ser) ser feita.

A complexidade do tema cresce na medida em que se fala que tais métodos devem ser “adequados” (e não só “alternativos”) e alinhados com o “interesse público”, ambos conceitos jurídicos indeterminados. *Adequação* é conceito, que remete, processualmente, à *pertinência entre meios e fins* (e.g. interesse-adequação de agir em juízo) e, no âmbito constitucional e administrativo, à capacidade de *fomentar* um objetivo *ainda que não o realize completamente* (cf. V. Afonso da Silva, ao distinguir adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). *Interesse público*, por sua vez, é conceito que não é uno nem tampouco objetivamente delimitável (Marques Neto) e que se caracteriza, no *Estado pluriclasse*, por combinar interesses até mesmo contraditórios (Giannini); o que se tem de mais concreto, na verdade, são *objetivos públicos* (a começar, no Brasil, pelos objetivos da República listados no art. 3º da CF). Assim, é preciso revisitar alguns dogmas jurídicos tradicionais para enfrentar o desafio e responder: o que deve ser considerado para que um método seja *adequado* à solução de conflitos administrativos?

I – Panorama do tratamento dos conflitos na Administração Pública. A resposta à pergunta enunciada pressupõe alguns passos para trás (Takahashi), que permitam revistar as categorias jurídicas se envolvem na estruturação do fenômeno estudado.

1. (Conflitos na Administração Pública). No setor público como no privado, conflitos colocam questões de duas ordens (Calabresi/Bobbit): o que será feito (problema de

escassez) e para quem (problema de distributividade). Mas nem todo conflito é jurídico (muitos são de mera gestão) ou inteiramente jurídico. É preciso lembrar, de um lado, que o Direito é limitado, de modo que as expressões jurídicas do conflito não necessariamente refletem a sua inteireza (cf. Carnelutti/Liebman). Por outro lado, o aspecto jurídico do conflito não se limita à pretensão aparente; estende-se, também, para questões subjacentes, como os processos decisórios a que os envolvidos estão sujeitos, de modo que, especialmente no âmbito administrativo, o Direito é calibrador do próprio *sistema social de conflitos* (Luhmann).

1.1. (Premissas sobre “conflitos”). Antes de tratá-lo, é preciso ter clareza sobre o que é um conflito. Um conceito útil, aqui adotado, é o de aparente divergência sobre problemas alocativos (cf. Freitas). *Aparente*, porque, (a) a princípio, o conflito é uma percepção do sujeito, que depois imputa um potencial de solução a outrem e eventualmente formaliza uma reivindicação (*naming, blaming, claiming*: Felstie-Abel-Sarat); (b) à vista das *necessidades, (des)incentivos e (in)compreensões* do sujeito, o conflito pode não ser *verídico*, mas *contingente, deslocado, mal atribuído, latente ou falso* (Deutsche); (c) as *posições* em que os sujeitos se colocam perante o conflito, ostentando seus *poderes*, não necessariamente refletem os verdadeiros *interesses* subjacentes (Fisher/Ury). O discernimento desses componentes é relevante não só para controvérsias de pessoas físicas, mas também de pessoas jurídicas, públicas inclusive.

1.2. (Conflitos administrativos no Brasil). Delimitado o conceito geral, importa compreender o que pode ser considerado *conflito administrativo*. No Brasil, pode-se dizer que são caracterizados por dizerem respeito a *imposições, prestações ou negociações* relacionadas a um dos membros do heterogêneo, descentralizado e federalizado *setor público*, cujos conflitos são expressos por formas juridicamente *pré-estruturadas* de sorte que, a depende dessa modelagem, altera-se a percepção do conflito e, por consequência, da respectiva solução.

1.2.1. (Dimensão objetiva-substancial: matéria do conflito administrativo). À luz de dados estatísticos — que apontam que, dentre os conflitos ajuizados na Justiça comum brasileiras, predominam controvérsias tributárias, previdenciárias e de servidores públicos (CNJ, 2019) — e das classificações tradicionais do direito administrativo, é possível conceber como “conflitos administrativos” aqueles que cuja controvérsia se implicam (a) de *imposições estatais*, associadas à faceta policial do Estado; (b) de *prestações estatais*, associadas à faceta social, provedora de serviços, do Estado; (c) da *gerência da burocracia estatal*, associada aos negócios necessários para concretização das atividades do Estado.

Ressalta-se, no entanto, que o *objeto* originalmente controvertido não necessariamente determina a *situação jurídica* das partes perante o conflito, de modo que nada impede que controvérsias decorrentes da potestade estatal sejam solucionadas de modo negocial (*e.g.* acordo após aplicação de sanção administrativa), ou, ao contrário, que controvérsias decorrentes da gestão burocrática se resolvam pelo exercício de direitos potestativos de uma das partes (*e.g.* cláusula de opção). Essa percepção auxilia a compreender que a *indisponibilidade* não é um caráter determinante da natureza do conflito administrativo ou do seu campo de solução.

1.2.2. (Dimensão subjetiva-institucional: atores do conflito administrativo).

Por sua vez, embora intuitivo que nos “conflitos administrativos” se tem o Estado-Administração envolvido, percebe-se que essa delimitação subjetiva nem sempre é clara, até porque o “Estado litigante” não é um homogêneo ou monolítico ator, mas, na verdade, um setor de milhares de atores heterogêneos, com tamanhos, finalidades e situações jurídicas muito diversificadas.

Os próprios relatórios oficiais demonstram dificuldade em compreender a configuração desse setor, o que tem reflexos nas estatísticas. O dado mais fidedigno levantado na presente pesquisa é o que apontou que em torno de 40% das novas ações judiciais foram ajuizadas perante juízos de execução fiscal, juizados da fazenda e juízos federais de competência não-criminal, donde se extrai uma visão aproximada do espaço ocupado pela Administração Pública no sistema judiciário. Trata-se, sem dúvida, de uma atuação estatal de *escala ampla*. No entanto, a falta de compreensão sobre a configuração do Estado pelos próprios órgãos públicos revelou que, na verdade, não existem dados consistentes sobre o real tamanho da litigância da administração pública no Brasil.

De todo modo, para fins de mapeamento, é possível verificar que a Administração participa de (a) relações público-institucionais, que podem ser (a.1) internacionais, (a.2) interfederativas, (a.3) intrafederativas, e (b) relações público-subjetivas, que podem ser (b.1.) transindividuais, (b.2) individuais, que podem dizer respeito a (b.2.1) interesses legítimos (que interessa à sociedade em geral) ou a (b.2.2) direitos subjetivos (de interesse individualizado), sejam (b.2.2.a) homogêneos ou (b.2.2.b) não homogêneos. Tal classificação, evidentemente, não é rígida, mas auxilia a localizar espaços em que há premência de questões de isonomia e de distributividade, bem como identificar *externalidades*, *caronas*

sociais, socialização de custos, entre outros aspectos relevantes para a programação de uma “política” de solução de controvérsias administrativas.

1.2.3 (Dimensão formal-procedimental: expressões do conflito). Quanto às formas pelas quais os conflitos se expressam, é possível vislumbrar, em primeiro lugar, uma gradação de perspectivas, ora mais *macroscópicas*, que tendem às discussões mais difusas em torno das *escolhas sociais* (que, por natureza, encontram-se em estado de *conflito latente*), ora mais *microscópicas*, em que se revelam *conflitos manifestos* mais bem delimitados. O percurso entre essas perspectivas é envolvimento de questões de *assimetria de informações* e *racionalidade limitada*, e a efetiva formalização do conflito pode depender de estímulos externos, dentre eles os do próprio sistema de litigância (*e.g.* viabilidade, custo e riscos de litigar).

Nota-se, ainda, que, conforme a Administração pré-estabelece procedimentos para a formalização dos conflitos, eles serão (a) mais *estruturados*, viabilizando a operacionalização do tratamento, ou (b) *desestruturados*, viabilizando a informalidade no tratamento, o que pode ser necessário especialmente nos casos que não dispõem de critérios objetivos claros para serem pautados (Lan).

1.3. (Direito comparado: conflitos administrativos na França e nos EUA). Referida anatomia dos conflitos administrativos deve, ainda, ser contextualizada, pois a litigância administrativa é também reflexo de aspectos socioeconômicos e até mesmo culturais ou morais, conforme se confirma por estudo de direito comparado. Na França e nos EUA, verifica-se que os conflitos administrativos formalizados trazem questões que não ocupam destaque no Brasil, como as de imigração; por outro lado, são comuns aos três países temas de seguridade social e tributários.

Especialmente nos EUA, vê-se tendência de não formalizar o conflito judicialmente ou não o levar até o fim do procedimento judicial, circunstância essa em relação à qual a Administração Pública atua de forma estratégica, com discricionariedade na condução das formas de lidar com o conflito tal que seus índices de condenação sejam baixos (10% em 2019, conforme dados do *Department of Justice*). Isso não necessariamente significa que haja “baixa litigiosidade”, mas apenas uma forma diversa de lidar com o conflito, que não o direciona à prestação jurisdicional, como ocorre, por razões constitucionais e tradicionais, no Brasil. Em outras palavras: é uma *política* diferente de tratamento do conflito administrativo.

2. (Soluções em conflitos administrativos). Antes de conectar conflitos a métodos, vale ter no horizonte o universo de soluções possíveis. Não se pode presumir que todo “método” leve a uma “solução” (como se presume, no contexto judicial, a partir da vedação ao *non liquet*). O que os métodos podem proporcionar é a *tomada de decisões*.

2.1. (Premissas sobre “soluções”: racionalidade limitada). Por razões de *racionalidade limitada*, é esperado que tais decisões sejam incompletas e imperfeitas. O que se pode buscar, então, é a decisão *possível* com imperfeições *aceitáveis*. A reforma da LINDB endereçou essa questão ao prever que “obstáculos e dificuldades reais do gestor” e “circunstâncias práticas” devem ser considerados ao se interpretar normas sobre gestão pública (art. 22). Preocupou-se também que interpretações sobre valores abstratos considerem os desdobramentos práticos da decisão (art. 20), não por *consequencialismo*, mas para evitar um *inconsequencialismo*. Em todo caso, são relevantes *estudos de impactos jurídicos* que tenham em vista (i) clara identificação do problema, (ii) identificação de objetivos, (iii) estimativa de alternativas e (iv) legitimação e revisão da decisão.

De modo geral, soluções podem ser articuladas em relações com variadas alocações dos *centros de decisão*: (a) na *heterocomposição*, centrada no terceiro imparcial; (b) na *autocomposição*, divididas entre as partes cujo encontro de vontades condiciona a solução; (c) na *autotutela*, centrada na parte que tem o *direito potestativo* de decidir unilateralmente, que não se presta a abuso de direito, mas tampouco pode ser omitido se couber reconhecimento de *erros administrativos*. Neste ponto, é preciso revisitar a noção de autotutela para se perceber que não denota ausência de diálogo, podendo ser procedida mediante tratativas consensuais ou até mesmo comutada por *módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral* (Menezes de Almeida).

Premissa importante, ainda, é a de que *negociações não necessariamente implicam concessões*, especialmente quando se mantém o foco nos *interesses* e não nas *posições* — noção essa não só compatível com a Administração Pública, como de observância obrigatória, pois, obviamente, deve prevalecer o interesse público à mera ostentação dos poderes estatais.

2.2. (Soluções em conflitos na Administração Pública brasileira). Tal compreensão é indispensável para o avanço da ciência sobre políticas de resolução de controvérsias administrativas. Referidas premissas determinam o espectro das *soluções* (sempre

imperfeitas) *possíveis*, permitem entender como diferentes métodos podem servir aos respectivos processos decisórios e afastam confusões que colocam em dúvida a convivência do sistema multiportas com os princípios da Administração Pública.

2.2.1. (Dimensão objetiva-substancial: critérios de decisão). A solução de conflitos baseada em *interesses* (e não em *posições*) não dispensa o uso de critérios objetivos. Ao contrário, deles se vale para manter o foco no que realmente importa (*negociação baseada em princípios*: Fisher/Ury). Essa noção é importante para compreender que técnicas negociais nada têm de incompatível com os princípios da *legalidade* — a qual tem tanto *zonas de certeza* como *zonas de incerteza*, nas quais, na ausência de critérios objetivos, não podem ser resolvidas senão por critérios subjetivos — e da *indisponibilidade do interesse público* — antônimo do desvio de finalidade, que não impede a *disponibilidade condicionada* do patrimônio público (Marques Neto). Tampouco é incompatível com a *supremacia do interesse público*, que não é sinônimo de necessário prejuízo ao particular — só justificável se, preservados direitos fundamentais, tal privação for necessária para benefício maior em proveito da sociedade (na lógica de *eficiência de Kaldor-Hicks*), até porque descumpriria o imperativo da *moralidade-cooperação* se a Administração, podendo melhorar a situação do particular sem prejudicar a de terceiros (em direção, portanto, a uma *eficiência ótima de Pareto*), deixasse de fazê-lo.

Neste ponto, é preciso entender o limitado papel do Direito. Não lhe cabe necessariamente ditar “a única resposta possível”, mas, antes, balizar a tomada de decisões *apesar* de eventual falta de objetividade. Isso é especialmente importante quando o Direito absorve noções não exclusivamente jurídicas, como a *eficiência* — que tampouco é, necessariamente, objetiva, já que o próprio custo/benefício de se calcular a eficiência (*cost of costing*: Calabresi) pode ter subjetividades. Isso remete, por sua vez, ao fato de que igualmente custoso e relativo é o manejo da *isonomia*, a qual, diante das impossibilidades fáticas de se replicar igualdades rigorosas, inevitavelmente leva ao caminho da *processualização da igualdade/legalidade formal* (cf. Menezes de Almeida), a evitar tanto o imobilismo decisório como a arbitrariedade.

De tudo isso, extrai-se que não é necessário falar em “mitigação” da legalidade (cf. Pagani de Souza) ou dos princípios administrativos para expandir os métodos de que a Estado se vale para resolver as controvérsias de que é parte. As balizas e as *limitações* jurídicas são as mesmas, seja a solução imposta ou consensual. A diferença está na profundidade com que tais balizas e limitações são tradicionalmente compreendidas, num e noutro caso.

2.2.2. (Dimensão subjetiva-institucional: tomadores de decisão). A insistência na compreensão de que a objetividade jurídica é limitada (como toda racionalidade) importa porque, alcançado o respectivo limite — ou seja, esgotado o campo da *zona de certeza* e da *vinculatividade*, iniciando assim o da *discricionariedade* —, a questão recai sobre *quem decide*. A *escolha de quem decide* (*deciding who decides*: Komesar) impõe verificar quais instituições (mercado, política ou adjudicação-jurídica) têm melhores capacidades para decidir. Movimentos como os de desjudicialização ou mesmo de promoção de consenso em juízo não podem ocorrer de modo que conflitos sejam realocados para instâncias aleatórias. Requer-se *análise institucional comparada*.

Para tanto, é preciso olhar para (a) *alçadas de competências* dos envolvidos na solução de conflitos, não só dos tomadores das decisões centrais, mas também dos demais participantes do jogo da solução (*e.g.* dar balizas de negociação a quem vai negociar), o que faz com que *métodos com diferentes centros decisões impliquem também diferentes universos de soluções possíveis*, bem como para (b) suas *capacidades institucionais*, isto é, as garantias para tomada de decisão *informada e desviesada*. Como se trata de dar segurança institucional àquele que se acredita que *decidirá com falhas menores ou mais aceitáveis*, essa escolha pressupõe *confiança*.

Quando esses componentes (competências e capacidades institucionais) estão desalinhados, surgem sintomas como a tendência *substituição decisória externa* (Valgas), a exemplo das tentativas de deslocamento de competências administrativas para órgãos com mais prestígio, como o Judiciário (Marques Neto/Palma). Isso impacta a política de solução de conflitos administrativos na medida em que diferentes centros de decisão têm diferentes pautas de prioridades. O descongestionamento judiciário, por exemplo, é uma preocupação naturalmente mais afeta ao Judiciário, ao passo que o fluxo arrecadatário pode ser mais afeto ao Executivo. O desafio para a formulação de políticas de solução de conflitos administrativos é alocar centros de decisão cujas configurações institucionais priorizem preocupações que coincidam com as prioridades *da sociedade*.

2.2.3. (Dimensão formal-procedimental: expressões da decisão). Exceto no caso das pessoas naturais, cujos processos de decisão são mentais, o *consequente/externo* que manifesta a *vontade institucional* de pessoas jurídicas e instituições em geral são precedidos de *antecedentes/internos* (Estorninho) que correspondem a processos de tomada de decisão que,

no âmbito público, devem expressar uma racionalidade jurídica determinada, significativa dos valores aos quais a decisão a ser produzida deve estar condicionada (Salles). Decisões são resultados de processos não só judiciários, mas administrativos e de instituições, privadas e públicas, em geral; existem não só para julgar, mas para litigar e acordar também. Assim, *atos* decisórios (para julgar, litigar ou acordar) não prescindem de *processos* decisórios e não precedem apenas imposições (exercício do poder potestativos de julgar, de ajuizar uma ação ou de renunciá-la); são também pressupostos de negociações (*negócios jurídicos*).

Aqui, é preciso desfazer confusões em torno de expressões como *transação* e *negociação*. Negociar não é sinônimo de ceder, mas de se *comunicar*. Nesses termos, é útil também para a Administração Pública, não só para celebração de eventuais *acordos* (= negócios jurídicos), mas também para *democratizar, humanizar e aumentar a eficiência do diálogo entre Estado e cidadão*, levando ao exercício de *escuta ativa*, o que pode prevenir ou ao menos diminuir a extensão de conflitos (ajudando a encontrar pontos de acordo e, eventualmente, esclarecer que os desacordos são menores que os imaginados).

Nesse campo da consensualidade, novas situações jurídicas em que a Administração Pública se coloca, como a dos *acordos por adesão*, podem gerar dúvidas. Mas, como visto, não é necessário recorrer a categorias jurídicas outras que as já existentes na teoria geral do direito (*atos, negócios e processos jurídicos*). De todo modo, o que importa não é a taxonomia, mas perceber que (i) a manifestação da vontade institucional-administrativa pode se formalizar em diferentes níveis, legais e infralegais; (ii) apesar de eventuais condicionantes ou efeitos impostos *ex lege*, pode haver espaços negociais residuais, e, portanto, (iii) a gradação dos níveis de vinculação do ato do administrador, da obrigatoriedade de adesão do cidadão e das margens de negociação é um relevante calibrador da “adequação” de desenhos de solução de conflitos administrativos.

2.3. (Direito comparado: tomadores de decisão na solução de conflitos, na França e nos EUA). As diferentes configurações institucionais de Brasil, França e EUA demonstram que não existe um modelo “objetivamente correto” para alocar centros de decisão em um sistema de solução de conflitos administrativos. Na França, por se entender que “julgar a administração é administrar”, instituiu-se uma especial *jurisdição não-judiciária*, dentro da própria Administração (*jurisdição administrativa*). Por sua vez, os EUA seguiram o modelo triparte de separação dos poderes com jurisdição una; ainda assim, há tribunais administrativos (*legislative courts*) que, somados à *política da advocacia governamental* para gerir conflitos,

faz com que a condenação estatal pelo Judiciário seja excepcional. Como todo sistema, esses são sujeitos a críticas (*e.g.* em torno da imparcialidade dos julgadores) e a evoluções (*e.g.* fortalecimento das capacidades institucionais dessas instâncias). Fato é, porém, que sobrevivem como seculares *escolhas institucionais* nesses ordenamentos.

3. (Métodos de solução em conflitos administrativos). As diferentes configurações para expressão dos conflitos e respectiva tomada de decisões resolutivas mostram a *adequação*, na solução de controvérsias administrativas, não diz respeito apenas a instrumentos processuais de julgamento ou de composição a serem aplicados após a surgimento da demanda. Trata-se de um sistema que se retroalimenta e cujos efeitos de interesse público podem extrapolar os casos individualmente considerados. O papel dos *métodos*, portanto, não é só o de pôr fim à contenda, mas o de direcionar o fluxo dinâmico e vivo do *sistema social de conflitos* (cf. Luhman).

3.1. (Premissas sobre métodos de solução de conflitos). Métodos de solução de conflitos são arranjos de processos de tomada de decisões *falíveis*. Suas falhas decorrem não só de *error in procedendo*, mas porque a *racionalidade limitada* lhes é inerente. Nesse contexto, *alternativas de processos* significam *alternativas de falhas e de riscos* a escolher.

Nesse quadro, há: (a) métodos *adjudicativos*, que visam à solução heterocompositiva, por meio de terceiro cujo poder pode ter *raiz jurisdicional, administrativa ou contratual*; (b) métodos *negociativos*, que *podem* visar à solução autocompositiva — mas *não necessariamente visam ao acordo*, podendo se concentrar na comunicação e na experiência conflitiva em si (*e.g.* mediação transformativa) —, os quais podem ocorrer por meio de (b.1.) *negociação direta*, sem intermediação de terceiros ou (b.2.) com (*inter*)*mediação* de terceiro imparcial, como mediador ou conciliador. Como *método*, mediação e negociação não se confundem com (o *eventual*) acordo deles decorrente. Note-se que o vínculo a esses métodos pode ser (i) voluntário, *e.g.*, a partir de cláusulas de solução de conflitos ou (ii) involuntário, *e.g.*, a partir de citação judicial.

A análise de qual método é mais adequado para cada tipo de conflito é “mais arte que ciência” (Sander), mas é possível, em linhas gerais, fazer algumas associações. Não há um roteiro: não está certo nem errado olhar para conflitos para indicar métodos ou olhar para métodos para neles enquadrar tipos de conflitos. Mas há premissas lógicas que ajudam nesse recorte: *e.g.* negociações pressupõem matérias negociáveis e atores com poderes para negociar.

3.2. (Métodos de solução em conflitos da Administração Pública). Decisões são tomadas não só pelos julgadores, mas também pelas partes e por outros atores que reagem ao entorno do conflito. Dado que os *valores social e privado do litígio não coincidem*, é possível que um particular tome decisões processuais que impliquem *externalidades negativas* à sociedade. Ao Estado, tanto como regulador como *parte* de conflitos, cabe coibir a externalização de negatividades e incentivar *externalidades positivas* advindas da litigância:⁸⁷⁹ tem-se, aí, verdadeiro critério de *adequação* processual.

3.2.1. (Dimensão objetiva-substancial: objetos e objetivos do método). Embora o direito administrativo seja essencialmente processual, não é raro vê-lo sendo tratado como direito material patrimonial privado, sob a lógica dívida/crédito (Dinamarca). Não se nega que existam direitos subjetivos públicos reivindicáveis em face da Administração. Porém, não se pode ignorar que, em muitos conflitos administrativos, não são claros nem o direito individual nem o interesse público na questão (*e.g.* a força simbólica da cobrança tributária; o dilema moral na demanda por medicação experimental de alto custo; a seleção adversa em contratações públicas). Nesses casos, é importante lembrar que nem sempre é possível tratar o *objeto* do direito administrativo em termos binários absolutos (lícito/ilícito; devido/indevido). Devido à fluidez e indeterminação do interesse público, o mais que se pode esperar é um sistema *legitimador* de decisões (falíveis, mas aceitáveis) que *fomente* (embora não realizem completamente) certos *objetivos* públicos (politicamente determinados).

A matéria de trabalho da ciência dos métodos *adequados* de solução de conflitos administrativos, portanto, não se restringe à viabilização da entrega de eventual quinhão devido pela Administração a cada cidadão, mas de como organizar um sistema vivo, dinâmico e reativo, que equilibra interesses indefinidos, mutáveis e até contraditórios.

Em primeiro lugar, trata-se de criar um ambiente de relacionamento público-privado (mais rotineiro, aliás, que o ambiente político-eleitoral), que será *adequado* na medida em que proporcionar um *fluxo de comunicação eficiente* (que evite desvios, distrações e

⁸⁷⁹ Racionalidade semelhante deve se aplicar quando a Administração Pública é parte de conflito. Sendo o Estado encarnação da própria sociedade, não seria lógico admitir o contrário: ainda que, figurativamente, se olhe para o aparato estatal como externo à sociedade, não se poderia dele esperar condutas nocivas aos interesses sociais, cabendo-lhe, portanto, pautar seus próprios modos de resolver controvérsias na geração de resultados positivos para a sociedade. Nesse sentido, afirmar que o Estado-litigante deve buscar externalidades positivas para a sociedade não é diverso de afirmar que “o Estado se sujeita ao Direito”. Essa racionalidade (pública), como se vê, é diferente da racionalidade do particular, e, assim, pauta de modo diverso os critérios para a escolha das ferramentas do sistema multiportas que o Estado deve adotar.

desperdícios de tempo e recursos) entre Estado e cidadão; é, nesse sentido, uma *política pública democrática e republicana*.

Em segundo lugar, trata-se de proporcionar válvulas de escape e de calibração para a imperfeição das políticas públicas setoriais. Erros, imprevistos, irresignações e desvios devem ter formas de se expressarem e de serem captados, compreendidos, tratados e redirecionados. É desejável, se possível, que sirva de reforço à realização dos objetivos da política pública setorial (*e.g.* função da execução fiscal em ratificar a cogência da norma tributária, coibindo a evasão dos contribuintes). Não é desejável, por outro lado, que sirva de via oblíqua de fraude, privilégio ou predatismo das políticas gerais (*e.g.* “política paralela” de fornecimento de medicamentos ou de aditamentos contratuais em juízo que esvazie a respectiva política administrativa). Em zonas cinzentas, de escolhas trágicas ou mesmo de reparação de erros, por sua vez, a política de resolução de controvérsias pode ser a única *saída digna* que, amortecendo contradições, mantenha a operacionalidade da política setorial correlata (*e.g.* reafirmação do valor inestimável da vida em ações individuais em convivência com políticas de saúde economicamente limitadas; renegociações em contratos de infraestrutura cujo atraso teria efeito cascata no desenvolvimento de outras áreas de interesse público).

3.2.2. (Dimensão subjetiva-institucional: quem joga e quem dá as cartas).

Observando-se o modelo brasileiro de jurisdição *una sem reserva de jurisdição* em relação à Administração, os três Poderes têm espaços para influenciar a política pública de solução de controvérsias administrativas. A alocação desses centros de poder, no entanto, não importa apenas para pôr fim aos conflitos, mas também para na sua gênese (e retroalimentação). O regime de precatórios é um (mau) exemplo: condenações decorrentes de atos sob gestão do Executivo são custeadas por uma conta administrada pelo Judiciário; não há *feedback* para a autoridade executiva responsável pela condenação, o que diminui a responsividade (*accountability*) de tais agentes, além de criar *risco moral* (agravado a cada moratória aprovada pelo Legislativo).

Além do natural papel do Legislativo (a partir que leis estruturantes, como o CPC, a LMED, a LARB, entre outras), o Judiciário tem se demonstrado ativo na programação dessa política pública (em especial desde a Resolução nº 125/2010 do CNJ, que instituiu a *política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses*).

Dada a proximidade com os conflitos administrativos, no entanto, é indispensável que o papel do Executivo nessa política seja mais estudado.

No âmbito administrativo, diversas controvérsias estão relacionadas a questões burocráticas (*e.g.* a complexidade da estrutura estatal dificulta a compreensão sobre a controvérsia, problema esse típico dos fatores agravantes do conflito). Embora isso não seja novidade, é notável que esforços (e recursos públicos) tenham sido concentrados na solução de conflitos em foros diversos daqueles em que nascem. Restaurar iniciativas como o *Ombudsman* e o *Mediador da República* francês seriam interessantes para trabalhar essa conhecida fonte de controvérsias que é a *carência de atendimento qualificado* e de *escuta ativa* na Administração Pública. A solução, nota-se mais uma vez, não necessariamente vem do Direito.

Nesse quadro, a Advocacia Pública é um ator especial. Como visto, o mapa das Leis Orgânicas das procuraturas da União e dos Estados demonstrou que tais instituições são tipicamente dotadas de competências que lhes colocariam entre os protagonistas dessa política pública. Esse papel, no entanto, ainda enfrenta desafios em meio à tradição da “gestão defensiva” na Administração (Marques Neto/Palma) e (ao menos no âmbito federal) à juventude dessa instituição cuja confiança popular ainda está sob construção. O legislador, no entanto, tem reforçado suas capacidades institucionais da Advocacia Pública ao fazer verdadeira *escolha institucional* (LMED, art. 32) ao confiar-lhe funções em “câmaras administrativas de solução de conflitos” (que, aliás, precisam ser entendidas em termos: não equivale às instituições de mediação do art. 41 da LMED nem às câmaras do art. 167 do CPC).

3.2.3 (Dimensão formal-procedimental: como faz). O quadro das formas pelas quais a Administração trata seus conflitos está em mudança. Historicamente, o legalismo que negava a concepção do conflito na Administração criou tradição em que a controvérsia era processada, mas não tratada (Salles); contestações e recursos no contencioso da Fazenda Pública eram vistos como naturais (e obrigatórias). Como a abertura para o sistema multiportas, porém, um novo paradigma se instala, em que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (CPC, art. 3º, §2º; art. 174; LMED, art. 32; LARB, art. 1º, reformada pela Lei 13.129/2015; Lei 14.133/2021, art. 151). Paralelamente, o reforço das capacidades institucionais da Advocacia Pública tem permitido que o avanço de atos de inteligência no tratamento das controvérsias administrativas. A ver pelo quadro de ganhadores do “Prêmio Innovare”, no entanto, nota-se que, antes, o que há é *carência de mecanismos de interlocução (comunicação eficiente) entre cidadão e Estado*. Tanto quanto *gerenciamento e*

negócios processuais (CPC, art. 190), são necessárias, na Administração, formas de proporcionar escuta ativa e qualificada, *feedback* e *accountability* pelos atos multiplicadores de conflitos e programação racional de políticas de resolução de controvérsias voltadas para o fomento de objetivos públicos e não só para a “eliminação do conflito” (Takahashi).

3.3. (Direito comparado: métodos de solução de conflitos na França e nos EUA). Paradigmas para o Direito administrativo e constitucional brasileiro, França e EUA também têm experimentado movimentos semelhantes, a serem compreendidos, porém, nas suas tradições. Em ambos, chama atenção a existência de diálogo entre instituições administrativas e jurisdicionais — cuja inexistência, no Brasil, pode ser um elemento que aumenta a desconfiança entre instituições e dificulta a fluidez da política de resolução de controvérsias administrativas.

Na França, medidas como a *Mediação Prévia Obrigatória* tem sido adotada *em caráter experimental* — o que é interessante por reconhecer que a política de solução de conflitos administrativos não é algo a ser programado apenas como um dado abstrato. A iniciativa vem se somar a um modelo em que a resolução de conflitos não é atividade estranha à Administração: a jurisdição administrativa francesa já é um contínuo do processo administrativo; sem Advocacia Pública institucionalizada, o próprio administrador público presta informações ao juízo e um magistrado assume a função de “relator público” ou “comissário do governo” na causa; por outro lado, o Conselho de Estado, órgão de Cúpula da jurisdição administrativa francesa, assume funções também consultivas (*principe de double appartenance*), de modo que jurisdição e administração se retroalimentam com informações e influência sobre a política de solução dos conflitos administrativos.

Nos EUA, por sua vez, o *Attorney General* exerce funções que, no Brasil, são exercidas pela Advocacia Pública e pelo Ministério Público, aos moldes do que acontecia antes da instituição da AGU, no plano federal. Perante a Suprema Corte, o *Solicitor General* (subordinado ao *Attorney General*, mas com alguma independência tradicional) exerce papel de tal proximidade que é considerado o décimo juiz do tribunal. Mais do que essas proximidades, porém, chama atenção o exposto reconhecimento de que o *Department of Justice* (chefiado pelo *Attorney General*) é responsável por uma “centralizada política legal para o governo”, havendo até mesmo debate sobre em que medida essa função prova tem efeitos nos “programas substantivos das agências”, ou seja, com impactos na própria regulação. Nesse

contexto, nota-se uso recorrente de acordos, seja para evitar a judicialização, seja para não levá-la até o fim (o que, de fato, só ocorre em cerca de 10% dos casos: DOJ, 2017). É igualmente expresso o reconhecimento de que essa sistemática realização de acordos tem tanto função de estratégia de defesa do governo, como de gerenciamento dos casos. Há notícias, ainda, que tais práticas têm resultados qualitativos importantes, como a melhora na compreensão da controvérsia pelas partes e na comunicação entre elas.

II – Exercício de análise das implícitas políticas públicas de tratamentos de certos conflitos administrativos. Dando um passo adiante, mas ainda atrás da abordagem tradicionalmente dada com foco no Judiciário, na análise de políticas implícitas no tratamento de certos agrupamentos de conflitos, percebe-se diversos aspectos podem ser ponderados na análise de adequação. Como visto, o exercício de análise não apontou (a) coerente com a indefinição das noções de adequação e de interesse público, que cabe buscar “o” método mais “adequado” ao “interesse público” em cada caso concreto, mas que (b) é possível empreender análises que *excluem* o que certamente *não é* adequado ao interesse público, de modo que, embora inevitáveis, (c) o espaço de incertezas e o debate político em torno do tema podem ser diminuídos e qualificados.

4. (Cobrança tributária). Ao se olhar para a cobrança tributária, nota-se que o argumento de indisponibilidade e irrenunciabilidade da execução fiscal não sobrevive à constatação de que tal processo pode ser antieconômico e até desincentivador da conformidade (*compliance*) tributária. Isso não quer dizer, porém, que possa haver irrestrita desjudicialização.

Ao se olhar para os parcelamentos tributários como alternativa para o tratamento da dívida ativa, nota-se que a alternância de métodos tem impacto nas expectativas e no comportamento dos contribuintes e, por consequência, na arrecadação objetivada. Conforme pesquisas estudadas (Paes/Faber-Silva), o uso sistêmico de parcelamentos tributários diminui o sentimento de cogência da norma tributária e incentiva que alguns cidadãos assumam o risco de não pagarem o tributo. Os mais afetos ao risco ganham vantagens competitivas indevidas e pegam *carona social* (já que usufruem da infraestrutura pública sem participar com a devida contrapartida), ao passo que os contribuintes adimplentes se ressentem do “sentimento de bobó” (*sucker effect*), estimulando-os a aderir ao comportamento inadimplente e degradando a confiança geral do cidadão no Estado.

Ao se olhar para as experiências de direito comparado, no entanto, percebe-se que há algumas variáveis de adequação interessantes. De um lado, a experiência dos *blanqueos*, na Argentina, apresenta efeitos semelhantes aos parcelamentos brasileiros, bem como dão dimensão de que esse fenômeno pode tomar proporções sensíveis da economia do país. Do outro lado, nos EUA, outras conformações apresentam resultados a refletir: no plano federal, em vez de parcelamentos periódicos, adotou-se programa permanente de parcelamento (*offer in compromise*), equalizando o acesso a tal alternativa para as pessoas que, a qualquer momento, se enquadrarem nas hipóteses estipuladas, raciocínio que, ao que parece, foi incorporado pela Lei de Transação Tributária, do governo federal brasileiro (Lei 13.988/2020). Mais interessante ainda é que, segundo pesquisas, anistias não têm o mesmo efeito negativo quando mantido seu caráter de surpresa. Assim, ao se verificar formas opostas de lidar com o mesmo problema (parcelamento permanente vs. periódico vs. surpresa), chega-se à constatação de que *a frequência com que o método é empregado pode ser um fator de adequação*. Isso demonstra que não se pode dizer que um método *em si* seja ou não adequado, pois a adequação pode estar no *tempo* em que é empregado.

5. (Demandas de medicamentos). Ao se olhar para o caso do fornecimento de medicamentos, por sua vez, outras ordens de consideração vêm à tona. Aqui, ressalta-se a possibilidade de que um determinado método influencie na forma como o conflito é apresentado de modo a alterar drasticamente a percepção sobre o problema. Nas demandas individuais, diante da *escolha trágica* (Calabresi/Bobbit) entre ser culpado pelo eventual prejuízo à saúde de uma pessoa determinada e a possibilidade de prestar o socorro reivindicado sob a premissa de que a atuação individual é marginal no sistema, a própria *moralidade humana* (Kant) induz à primeira opção. Diametralmente opostas são as decisões nas demandas coletivas, em que o ônus de intervir na sociedade em grandes proporções prevalece sobre o eventual socorro a pessoas indeterminadas. Tentativas de endereçar essa questão esbarram na falta de deferência judiciária às decisões administrativas, o que, além de tangenciar a questão de confiança e relação entre instituições, aponta, nesse caso específico, curiosa situação em que, colocados na posição do gestor, os magistrados que censura a decisão administrativa na via individual, reproduzem-na na via coletiva. Nesse caso, além de o Judiciário não exercer o “ônus do regulador” (Sundfeld), acaba provocando efeitos *desregulatórios*. Na medida em que o sistema jurídico é arquitetado justamente para permitir a convivência de contradições como essa (Luhmann), dificilmente se conseguirá saídas sem olhar alternativas de mudanças institucionais.

A experiência estrangeira traz exemplos de tentativas de lidar com tal situação por meio de *processos estruturais*, isto é, processos judiciais em que uma *reforma institucional* (Fiss) é presidida pelo Judiciário, em níveis mais profundos que os habituais, por vezes com auxílio de *experts (special master)*. Questões de separação dos poderes à parte, referenciado no paradigmático caso *Brown v. Board of Education*, esse modelo tem a vantagem dar respostas que, ao alterar a política pública de modo direto e centralizado, consegue preservar aspectos como isonomia e distributividade e produzir efeitos mais duradouros. Por outro lado, os casos de que se tem notícia (como na Colômbia e na África do Sul) reportam grandes obstáculos para implementação desse tipo de intervenção, justamente porque extrapola as capacidades institucionais de que o Judiciário ordinariamente dispõe.

Menos interventiva, tem-se visto no Brasil interessante experiência com as câmaras administrativas especializadas em matéria de saúde. No seu desenho, em geral, articulam-se diferentes atores envolvidos na questão, em especial as Secretarias de Saúde, que se tornam mais próximas do problema do que quando judicializado, a Advocacia e a Defensoria Públicas (como no modelo paradigmático da Câmara do Estado do Rio de Janeiro) e os próprios Tribunais de Justiça. Se de um lado essa relação poderia ser criticada pelas vantagens comparativas do *repeat player* junto ao julgador, por outro lado, o cenário de baixíssima deferência judicial, nesse caso, pode compensar (em um raciocínio aproximado à ideia de *eficiência de Kaldor-Hicks*). Ademais, ao constatar que tais câmaras têm de fato atendido número considerável de pessoas, infere-se que, seja porque estão evitando a judicialização de novos casos, seja porque estão atingindo uma *demanda reprimida de conflitos latentes*, essa experiência vai ao encontro da inferência de que há carência de intervenções concentradas em aprimorar o *atendimento público* e a *eficiência da comunicação* entre Administração e cidadão.

Disto se extrai, primeiro, que não é abstrata a utilidade de ferramentas negociais com o objetivo de aprimorar ao relacionamento Estado-indivíduo. O advento de novas tecnologias corrobora essa percepção. Segundo, vê-se que tal constatação é coerente com a inferência de que há situações em que é saudável ao Direito ceder espaço, sem retirar suas balizas, para outras formas de “tratamento” do conflito não-jurídicas, na Administração Pública inclusive. Terceiro, sinaliza para o espaço que há, no Brasil, para desenvolvimento de políticas semelhantes que, não por acaso, lembram a do *Ombudsman* e a do Mediador da República francês. Trata-se de iniciativa que efetivamente deriva de uma *análise institucional comparada*.

6. (Renegociações em contratos de infraestrutura). Finalmente, os contratos de infraestrutura permitiram olhar casos com nuances mais individualizadas, já que cada grande obra costuma ter características e conjunturas próprias. Isso não significa que não tragam *macroconflitos* consigo: o caso do Metrô de Mondego mostra, ao contrário, que o desenrolar desses casos depende de decisões que interrompam o ciclo de macrodiscussões, sob pena de o projeto não se realizar jamais.

Na teoria contratual, a *racionalidade limitada* é um tema mais conhecido: por isso, contratos alocam não só *direitos específicos*, mas também *direitos residuais* (*residual rights*) que dizem respeito à alocação *ex ante* de direitos de decisão *ex post* (Hart/Grossman). Transpondo-a à teoria do contrato administrativo, pode-se dizer que as chamadas “cláusulas essenciais” dos contratos administrativos (Lei 14.133/2021, art. 23) regulam direitos específicos, ao passo que as “cláusulas exorbitantes” regulariam direitos residuais (Lei 14.133/2021, art. 104), o que, evidentemente, interfere nos custos de transação e nos preços dos contratos. Isso significa, em primeiro lugar, que não basta regular conflitos contratuais em abstrato, na lei: é indispensável regular também em concreto, nas cláusulas contratuais e nas *renegociações* em torno dos direitos residuais. Conforme comprovam as pesquisas mencionadas (OCDE; G-20), isso vale também para contratações públicas, de modo que, nelas, não é possível adotar posturas negacionistas do conflito ou da necessidade de renegociação.

Nessa seara, a arbitragem tem despontado como método paradigma. Trata-se, aliás, de instituto que, no Brasil, acabou abrindo caminhos para a passagem de outros mecanismos e influenciando até mesmo alterações no processo judicial, como na incorporação da cláusula geral de negócios processuais (CPC, art. 190 — o que pode ser visto, aliás, como um exemplo de “externalidade positiva” de um método em outro: Salama). Não surpreendentemente, observa-se que o aprofundamento das partes na compreensão do conflito, proporcionado pelo processo arbitral, por vezes as leva a firmar acordos. A natureza jurisdicional da arbitragem tem conferido um espaço de segurança jurídica para que a Administração Pública experimente esse novo modo de lidar com o conflito e é indicadora do potencial que ferramentas típicas de apoio à negociação (que diminuem a zona cinzenta do conflito e promovem compreensão sobre os critérios objetivos que o pautam), como avaliações neutras de terceiro e conciliações, podem ter no âmbito administrativo. Isso é corroborado pelo fato de que, nos EUA, a arbitragem no setor público não seja tão ampla justamente por existir

um sistema de tribunais administrativos que já proporciona essas mesmas características (Salles).

Figura afim que tem se desenvolvido a partir da experiência estrangeira é a dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*). Trata-se de método que reconhece haver a necessidade de acompanhar os *conflitos latentes* que existem, por natureza, na relação contratual. O Município de São Paulo foi, mais uma vez, pioneiro ao reconhecer a possibilidade de seu uso na Administração (Lei 16.873/2018), o que depois foi acolhido na legislação nacional (Lei 14.133/2021). Embora pesquisas estrangeiras apontem que a adoção desse método não chega a impactar a precificação inicial dos contratos que o adotam (Harmon), é de se considerar que custos podem surgir também ao longo do próprio contrato, bem como que, no Brasil, a falta de tradição de acordos na Administração Pública faz com que sejam bem-vindas formas mais ritualizadas de revisão da relação contratual.

Diante do exposto, confirma-se parcialmente a hipótese de trabalho. Impactos sistêmicos constituem, sim, critério relevante e de atenção obrigatória na análise de adequação das políticas de solução de conflitos. Entretanto, como é próprio do conceito jurídico de adequação, que trabalha não só com a ideia de cumprir metas, mas também com a de fomentar objetivos (operacionalidade essa indispensável no contexto dos interesses públicos), constatações de impacto sistêmicos nem sempre apontarão para uma resposta objetiva a respeito de qual é “o” método de solução de conflito “mais” adequado. Por outro lado, na medida em que houver informações comparativas e se constatar concretamente que o uso de um determinado método traz consequências negativas para a sociedade, isso deve ser levado em consideração de modo a aumentar o ônus de justificação da sua escolha.

Derivam daí questões preliminares para os formuladores da política pública de solução de controvérsias administrativas, como a *escolha* entre investir para obter mais informações a subsidiar essa decisão ou *assumir* os riscos do emprego do método sem elas, questões essas que, na verdade, admitem gradações que tendem ao infinito, de sorte que sempre haverá um risco no emprego de certo método. É dever do Estado de Direito, no entanto, buscar, quanto possível, racionalizar essas escolhas. Para tanto, sugere-se a seguir um roteiro de perguntas a auxiliar a mapear o que se sabe e o que *não sabe*, na análise de adequação.

Conclui-se, assim, que o tratamento de conflitos administrativos deve ser racionalmente programado como política (*policy*) pública, valendo-se da comparação dos impactos sistêmicos eventualmente decorrentes do emprego de diferentes alternativas processuais, porém, dentro de balizadas jurídicas e de *escolhas públicas* que, mais do que tais impactos, devem, com consciência das eventuais falhas e contradições do sistema desenhado, optar por direcionar tal atuação estatal aos objetivos priorizados, dentre os quais cabe a democratização da relação entre Estado e cidadão e a promoção da eficiência do diálogo desses atores, por meio de ferramentas do sistema multiportas. Olhar o processo como política denota admitir que é ilusório conceber que se está empregando ferramentas aptas a chegar em uma “meta social” delimitada ou conclusiva, mas se está empregando de via *adequada a fomentar* certos objetivos tidos como de interesse público.

Quadro 23 – Perguntas a serem feitas na análise de “adequação”

	conflitos = (in)compreensões sobre problemas alocativos	Soluções = decisões de <i>imperfeição</i> aceitável	métodos = processos <i>imperfeitos</i> de tomada de decisão
objetos / objetivos	<p>Descritiva: Qual é o problema de <i>escassez</i> e de <i>distributividade</i>?</p> <p>Deontológica: Qual é o “interesse público” nesse problema?</p>	<p>Descritiva: Qual o grau de certeza ou incerteza objetiva das possíveis soluções?</p> <p>Deontológica: Qual deve ser o <i>critério</i> de decisão?</p>	<p>Descritiva: Quais recortes o método faz do <i>objeto</i> a ser discutido e decidido?</p> <p>Deontológica: Qual deve ser o <i>objetivo</i> do método?</p>
sujeitos / instituições	<p>Descritiva: Quem está envolvido no conflito?</p> <p>Deontológica: Quem é o “público interessado” que deveria estar representado no conflito?</p>	<p>Descritiva: Quem decide a <i>solução</i>? Quais incentivos a influencia?</p> <p>Deontológica: Quem é (são) a(s) instituição(ões) mais capacitada(s) a receber o poder-dever de definir a solução?</p>	<p>Descritiva: Quem decide o <i>método</i>? Quais incentivos influenciam essa decisão?</p> <p>Deontológica: Quem é (são) a(s) instituição(ões) mais capacitada(s) a receber o poder-dever de definir o método?</p>
formas / procedimentos	<p>Descritiva: Como as <i>posições</i> dos envolvidos retratam o conflito?</p> <p>Deontológica: Como os <i>interesses</i> a serem tutelados deveriam estar retratados no conflito?</p>	<p>Descritiva: Como a <i>solução</i> está <i>condicionada</i> pelos critérios e competências?</p> <p>Deontológica: Como a solução deveria estar legitimada pela forma?</p>	<p>Descritiva: Como o <i>método</i> está instrumentalizando os valores e objetivos?</p> <p>Deontológica: Como os valores e objetivos deveriam legitimar o método?</p>
alternativas / impactos	<p>Há alternativas de <i>compreensões</i> (perspectivas) sobre o conflito?</p> <p>Essa comparação pondera as <i>imperfeições</i> (assimetria de informações etc.) na distributividade dos recursos?</p> <p>Há retroalimentação entre <i>macro</i> e <i>micro</i> conflito?</p>	<p>Há alternativas de <i>soluções</i> comparáveis?</p> <p>Essa comparação pondera as <i>imperfeições</i> (limitações etc.) da pessoa ou instituição tomadora da decisão?</p> <p>As soluções induzem comportamentos para além dos casos solucionados?</p>	<p>Há alternativas de <i>métodos</i> comparáveis?</p> <p>Essa comparação pondera as <i>imperfeições</i> de cada método?</p> <p>Os métodos têm impactos externos à solução de casos concretos?</p>

Elaboração própria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEITUNO, Jair. *Presos fraudadores que deram golpe R\$ 63 mi na Saúde em SP*. Estadão, publicado em 1º set. 2008. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,presos-fraudadores-que-deram-golpe-r-63-mi-na-saude-em-sp,234443>>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- ADAMS, Luis Inácio. “*União é maior litigante e maior prestador de serviços*” - *Entrevista com o Advogado-Geral da União*. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-30/luis-adams-nao-separacao-entre-estado-governo-burocracia-politica>>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- AGACINSKI, Daniel; CADIN, Louise. *Médiation accomplie? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations*. Paris: France Stratégie, 2019.
- ALM, James; MCKEE, Michael; BECK, William. Amazing grace: Tax amnesties and compliance. *National tax journal*, v. 43, n. 1, p. 23–37, 1990.
- ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma visão geral da tutela provisória no NCPC. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 82, p. 307–333, 2015.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 95–132, 1994.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4865581/mod_resource/content/3/Alexandre%20Santos%20de%20Arag%C3%A3o%20-%20Direito%20dos%20Servi%C3%A7os%20P%C3%ABlicos%20-%20p.%2073-113.pdf>. Acesso em: 27 maio 2021.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 237, p. 1–6, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: RT, 1992.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 147–166, 2000.
- ARROW, Kenneth. Political and economic evaluation of social effects and externalities. In: MARGOLIS, Julius (Org.). *The analysis of public output*. Cambridge (EUA): NBER, 1970, p. 1–30.
- AULETE, Caldas. *Dicionário Caldas Aulete*. Disponível em: <aulete.com.br>. Acesso em: 6 jun. 2020.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BACHUR, João Paulo. Conflito, protesto e procedimento na teoria de sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 14, n. 42, p. 507–534, 2020.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Ed.). *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 7, p. 7–18.

- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo W. (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 101–132.
- BARNETT, Kent; REDDICK, Malia; CORNETT, Logan; *et al.* *Non-ALJ adjudicators in federal agencies: status, selection, oversight, and removal*. Washington, D.C.: Administrative Conference of the United States, 2018. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/1294/>.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, v. 4, p. 217–256.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 13, p. 17–32, 2009.
- BAUDE, Willian. Adjudication Outside Article III. *Harvard Law Review*, v. 133, n. 5, p. 1511–1581, 2020.
- BECKER, Flavia Gil Nisembaum. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: um estudo à luz do princípio da igualdade*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. *Revista de Processo*, v. 34, n. 171, p. 9–23, 2009.
- BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 36, 2014. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/207>>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto pubblico*. 11. ed. Torino: G. Giappichelli, 2013.
- BINGHAM, Lisa Blomgren; NABATCHI, Tina; SENGGER, Jeffrey M.; *et al.* Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 24, n. 2, p. 225–262, 2009.
- BINGHAM, Lisa Blomgren; WISE, Charles. The Administrative Dispute Resolution Act of 1990: How Do We Evaluate Its Success? *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 6, n. 3, p. 383–414, 1996.
- BLACK, Henry Campbell; GARNER, Bryan A.; MCDANIEL, Becky R.; *et al.* *Black's law dictionary*. St. Paul: West Group, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela VERSIANI. Barueri: Manole, 2007.
- BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Paris: Librairie générale française, 1583. Disponível em: <<http://sciencepoparis8.hautetfort.com/media/02/01/2628311567.pdf>>.
- BORGES, Sabrina Rafaela Pereira; RECH, Ilírio José. *A falácia dos parcelamentos fiscais para a solvência corporativa*. Foz do Iguaçu: Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, 2020. Disponível em: <http://anpcont.org.br/pdf/2020_CFF431.pdf>.
- BORGNE, Eric Le; BAER, Katherine. *Tax Amnesties: Theory, Trends, and Some Alternatives*. Washington, DC: International Monetary Fund, 2008.
- BORSANI, Hugo. Relações entre política e economia: teoria da escolha pública. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Orgs.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 103–125.
- BOUSSARD, Sabine. La souplesse des modes alternatifs de règlement des litiges administratifs. In: CLAYES, Antoine; GIRARD, Anne-Laure (Orgs.). *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif*. Poitiers: Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2018, p. 67–81. Disponível em: <<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01812244>>. Acesso em: 9 dez. 2020.

- BRASIL, AGU e Ministério da Economia; MENDONÇA, André Luiz de Almeida; GUEDES, Paulo Roberto Nunes. *Exposição de Motivos Interministerial nº 00268/2019 ME AGU (à Medida Provisória nº 899/2019)*. Brasília: AGU e Ministério da Economia, 2019.
- BRASIL, BRASIL, Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Estudos sobre impactos dos parcelamentos especiais*. Brasília: Secretaria da Receita Federal do Brasil, 2017. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2021/08/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2022.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *LOA 2022 - Proposta do Poder Executivo - Precatórios*. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa/2022/tramitacao/proposta-do-poder-executivo/loa2022-precatorios>>. Acesso em: 3 jan. 2023.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto estabelece limite quantitativo para atuação de árbitros em câmaras arbitrais - Notícias*. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/918151-projeto-estabelece-limite-quantitativo-para-atuacao-de-arbitros-em-camaras-arbitrais/>>. Acesso em: 24 dez. 2022.
- BRASIL, Câmara dos Deputados; CURY, Eduardo (Deputado). *Parecer do relator ao Projeto de Lei nº 10.061, de 2018*. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2172485>>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- BRASIL, Câmara dos Deputados; MOTTA, Hugo (Deputado). *Parecer de Plenário à Medida Provisória nº 1.090, de 30 de dezembro de 2021, pela Comissão Mista*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2171603>. Acesso em: 5 nov. 2022.
- BRASIL, Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas. *Judicialização dos Benefícios Administrados pelo INSS: Relatório de Recomendações*. Brasília: CMAG/SFC/CGU, 2019.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *“100 maiores litigantes” - 2011 (ano-base 2010)*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *“100 maiores litigantes” - 2012 (ano-base 2011)*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *A execução fiscal e o impacto no Judiciário*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Formadores de Instrutores*. Portal CNJ. Disponível em: <<https://conciliajud.cnj.jus.br/ccmj>>. Acesso em: 2 jun. 2021.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Câmara de Conciliação de Saúde resolve 80% dos casos na Bahia*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia/>>. Acesso em: 26 nov. 2022.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro : relatório final de pesquisa*. Brasília: CNJ/INSPER, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-contencioso-tributario-final-v10-2.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2022.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas processuais de direito à saúde*. Painel da Judicialização da Saúde. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/datajud/painel-saude>>. Acesso em: 15 nov. 2022.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Portal CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 12 dez. 2021.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020 (ano-base 2019)*. Brasília: CNJ, 2020.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números: Painel*. Portal CNJ, Seção “Pesquisas Judiciárias”. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>>. Acesso em: 19 maio 2021.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisas Judiciárias*. Portal CNJ. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Sistematização do diagnóstico do contencioso judicial tributário: aportes iniciais*. Brasília: CNJ/INSPER, 2022.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça; INSPER, Instituto de Ensino e Pesquisa. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ/INSPER, 2019.
- BRASIL, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. Brasília: IPEA/CNJ, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf>.
- BRASIL, Instituto Nacional do Seguro Social. *Transformação Digital do INSS*. Apresentações. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4229/3/Transforma%C3%A7%C3%A3o%20Digital%20no%20INSS%20-%20Renato%20Vieira.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2021.
- BRASIL, Ministério da Justiça. *Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais*. Brasília: Secretaria da Reforma do Judiciário e PNUD, 2005. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2005;000733395>>. Acesso em: 2 jun. 2021.
- BRASIL, Ministério da Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Secretaria da Reforma do Judiciário, 2009. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/data/files/E9/D4/0C/92/754493103E386393942809C2/Manual%20de%20Media_o%20Judicial%20-%20Andr_%20Gomma%20de%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2021.
- BRASIL, Ministério Público Federal. *Sobre o Ministério Público (MP)*. Portal do MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/servicos/sac/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/sobre-o-ministerio-publico-mp>>. Acesso em: 18 maio 2021.
- BRASIL, Senado Federal. *Anteprojeto de lei ordinária para a reforma da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo)*. Brasília: Ato Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal nº 1/2022, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pl-2481-2022.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2022.
- BRASIL, Senado Federal. *Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: Comissão de Juristas - Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/2009*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5973212/mod_resource/content/1/Exposicao%20de%20Motos%20CPC%202015.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021.
- BRASIL, Senado Federal; ANASTASIA, Senador Antonio. *Parecer nº P.S 181/2020 (Nova Lei de Licitações)*. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8911883&ts=1669945335879&disposition=inline>>. Acesso em: 1 jan. 2023.
- BRASIL, Senado Federal; FERRAÇO, Ricardo (Senador). *Justificativa ao Projeto de Lei do Senado nº 517, de 2011*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101791>>. Acesso em: 30 maio 2022.
- BRASIL, Senado Federal; VITAL DO REGO, Senador. *Parecer nº 1.545, de 2013*. Brasília: Senado Federal, Comissão de Constituição e Justiça, 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4412874&ts=1630447844962&disposition=inline>>. Acesso em: 30 dez. 2022.
- BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Auditoria Operacional sobre Judicialização da Saúde*. Portal TCU, publicado em 16 ago. 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 8 fev. 2021.
- BREGER, Marshall J.; LAUFER, Deborah Schick. *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*. Chicago: American Bar Association, 2000.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e res publica: a emergência dos direitos republicanos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 208, p. 147–181, 1997.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 120, p. 7–40, 1996.
- BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismos de justiça distributiva*. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em:

- <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40312/R%20-%20T%20-%20THIAGO%20LIMA%20BREUS.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 maio 2022.
- BROWN FOUNDATION. *Brown Case - Brown v. Board*. Disponível em: <<https://brownvboard.org/content/brown-case-brown-v-board>>. Acesso em: 2 dez. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). *Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31–88.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1–50.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo P.; BERTOLIN, Patrícia Tuma M.; BRASIL, Patrícia C. (Orgs.). *O Direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015, p. 7–12.
- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*. San Francisco: John Wiley & Sons, 2004.
- CALABRESI, Guido. Remarks: The Simple Virtues of The Cathedral. *The Yale Law Journal*, v. 106, n. 7, p. 2201–2207, 1997.
- CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499–553, 1961.
- CALABRESI, Guido. *The future of law and economics: essays in reform and recollection*. New Haven: Yale University Press, 2016.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Company, 1978.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 83–97.
- CALVO-POYO, Francisco; FREIRIA, Susana; MEDIALDEA, Adriana; et al. Citizens' survey for the implementation of a new means of transport. *Transportation Research Procedia (Journal)*, v. 33, p. 251–258, 2018. (XIII Conference on Transport Engineering, CIT2018).
- CÂMARA, Helder Moroni. *Adjudicação*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/174/edicao-1/adjudicacao>>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, v. 27, n. 2, p. 181–292, 1977.
- CARER, Giovana; VELOSO, Claudinéia Nunes; SLAVOV, Tiago Nascimento Borges. Pesquisa sobre Comportamento do Contribuinte. In: *Anais do Congresso de Contabilidade e Tributação*. Ribeirão Preto: Faculdade de Econômica, Administração e Contabilidade (FEA-USP/RP), 2018, v. 4, p. 1–20. Disponível em: <<https://rect.fearp.usp.br/index.php/WCT/article/view/16>>. Acesso em: 19 jun. 2022.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública - primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 51, p. 7–21, 2016.
- CARMONA, Carlos Alberto. “Arbitragem não vai desafogar o judiciário”, diz Carlos Carmona. Portal Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/arbitragem-nao-vai-desafogar-o-judiciario-diz-carlos-carmona-21082015>>. Acesso em: 15 dez. 2022.
- CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da international bar association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 23, 2014.
- CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. *Revista de Processo*, v. 57, p. 39–54, 1990.
- CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, p. 47–63, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Trad. original de 1957. Leme: CLE, 2015.

- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo: corso di diritto amministrativo*. 4. ed. Milão: Giufrè, 2013.
- CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Bari: Laterza, 2002.
- CASSESE, Sabino. L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, p. 601–650, 2001.
- CASSIA, Paul. L'inquiétante justice administrative de demain. *Recueil Dalloz*, n. 42, p. 2475–2476, 2016.
- CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, J.; SOLA, L. (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 1999, p. 147–171. Disponível em: <<https://www.bresserpereira.org.br/books/sociedade-e-estado-em-transformacao/05-Para-o-Estado-Rede-globalizacao-economica.pdf>>.
- CASTO, William R. The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800: Suits Against the States. *Law and History Review*, v. 15, p. 391–394, 1997.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CBAR, Comitê Brasileiro de Arbitragem; Instituto IPSOS. *Arbitragem no Brasil (2021)*. Portal do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR). Disponível em: <<https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/09/pesquisa-cbar-ipsos-2021-arbitragem-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2022.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 15. ed. Paris: Montchrestein, 2001. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4632515/mod_resource/content/2/Droit%20Administratif%20Tome%201%20-%20P%C3%A1g.%20771-793.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2020.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281, 1975.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.
- CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ISHIKAWA, Liliane Ito. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no projeto do Código de Processo Civil (PLS n. 166, de 2010). *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 190, p. 191, 2011.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CLARÍN. *El blanqueo de capitales, un rumor que ya levanta críticas y apoyos por igual*. Clarín, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://www.clarin.com/ediciones-antiores/blanqueo-capitales-rumor-levanta-criticas-apoyos-igual_0_BJZZI0o0TYg.html>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1–44, 1960.
- COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386–405, 1937.
- COGLIANESE, Cary. Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking. *Duke Law Journal*, v. 46, n. 6, p. 1255–1348, 1997.
- COLUMBIA UNIVERSITY, Teachers College. *Cook v. Raimondo: The Case to Establish a Right to Education Under the U.S. Constitution*. Center for Education Equity. Disponível em: <<http://www.cookvraimondo.info/>>. Acesso em: 3 dez. 2020.
- CONIMA, Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. *Instituições – Conima*. Portal do CONIMA. Disponível em: <<https://conima.org.br/institucional/instituicoes/>>. Acesso em: 2 jun. 2021.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Pearson, 2007.
- CORNELL LAW SCHOOL, Legal Information Institute. *Wex Articles*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex_articles>. Acesso em: 31 out. 2020.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- COSTA, Carlos Eduardo Lampert; GONZÁLEZ, Manuel José Forero; DE ALMEIDA, Nathália Filgueiras. A lógica de funcionamento dos bancos multilaterais de desenvolvimento e o seu relacionamento com o Brasil no período 1990-2012. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 16, p. 57–74, 2014.

- COSTA, Susana Henriques da. Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 57, p. 207–243, 2015.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Aurélio Pimenta de (Orgs.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013, p. 181–200.
- CRETELLA JR., José. Prerrogativas e sujeições da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 103, p. 16–32, 1971.
- CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 16, n. 61, p. 119–146, 2018.
- CULLIS, John G.; LEWIS, Alan. Why people pay taxes: From a conventional economic model to a model of social convention. *Journal of Economic Psychology*, v. 18, n. 2–3, p. 305–321, 1997.
- CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olivia Alves Gomes. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011.
- CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: IPEA/CNJ, 2013. (Diálogos para o Desenvolvimento, 9).
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13ª. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CUNHA FILHO, Alexandre José Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze. Os vetos aos parágrafos 1º e 2º e 3º do artigo 28 da LINDB: algumas questões de interpretação. In: CUNHA FILHO, Alexandre José Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 2, p. 445–452.
- DELLA NOCE, Dorothy. Mediation Theory and Policy: The Legacy of the Pound Conference. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 545, p. 545–558, 2002. (Mediation Theory and Policy).
- DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. New Haven: Yale University Press, 1973.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª. São Paulo: Atlas, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da administração pública e a judicialização das políticas públicas. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Arudo (Orgs.). *Controles da administração e judicialização de políticas pública*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 167–207.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 198, p. 85–96, 1994.
- DIDIER, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 49, p. 207–217, 2013.
- DIDIER, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Orgs.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 481–505. (Coleção grandes temas do novo CPC).
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DOMINGUES, Igor Gimenes Alvarenga. *Comitês de resolução de disputas (dispute boards) nos contratos da administração pública: análise de eficiência, potencialidades e melhores práticas*. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022.
- DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913. Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q>>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- DYE, Thomas R. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1975.

- ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- ELLIOTT, Mark. The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law. *The Cambridge Law Journal*, v. 58, n. 1, p. 129–158, 1999.
- ESTADO DE SÃO PAULO, Secretaria da Saúde; SANTOS, Renata Gomes Dos. *Judicialização da Saúde: panorama estadual público - propostas*. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, apresentação de maio 2018. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br>>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- ESTADO DE SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. *Judicialização da Saúde: Fornecimento de medicamentos pelo Poder Público*. São Paulo: Centro de Apoio ao Direito Público - CADIP, 2022. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp_CADIP_Jud_Sa%C3%BAde_2ed_2022-06-01.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Procuradoria Geral do Estado. *Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) - Consenso*. Portal da PGE-RJ. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br:443/mais-consenso/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- European Court of Human Rights. *HUDOC database*. Disponível em: <www.echr.coe.int>. Acesso em: 3 out. 2021.
- FABER, Frederico Igor Leite; SILVA, JPRFM. Parcelamentos tributários: análise de comportamento e impacto. *Revista da Receita Federal: Estudos tributários e aduaneiros*, v. 3, n. 1–2, p. 161–188, 2016.
- FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. *Requisitórios, Precatórios e Requisições de Pequeno Valor: Um Tema de Direito Financeiro*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- FALLA, Fernando Garrido. La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista de Administración Pública*, n. 119, p. 7–48, 1989.
- FALLON, Richard H. Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies. *Columbia Law Review*, v. 93, n. 2, p. 309–373, 1993.
- FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Courts, Caseloads, and Jurisdiction*. Courts. Disponível em: <<https://www.fjc.gov/history/courts>>. Acesso em: 4 dez. 2020.
- FELSTINER, William L.F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming . . . *Law & Society Review*, v. 15, n. 3/4, p. 631, 1980.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FINE, Toni M. *An Introduction to the Anglo-American Legal System*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007.
- FINLEY, Andrew R. The impact of large tax settlement favorability on firms' subsequent tax avoidance. *Review of Accounting Studies*, v. 24, n. 1, p. 156–187, 2019.
- FISHER, Roger; URY, William L. *Getting to Yes: negotiating an agreement without giving in*. 2. ed. New York: Penguin, 1991.
- FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de SALLES. Curitiba: Juruá, 2017.
- FISS, Owen. Foreword: The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, p. 1–60, 1979.
- FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, S. C.; JOBIM, M. F. (Orgs.). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 31–55.
- FISS, Owen; RESNIK, Judith; COVER, Robert. *Procedure*. New York: The Foundation Press, 1988.
- FLEURY, Sonia; FARIA, Mariana; DURÁN, Juanita; et al. *Right to health in Latin America: beyond universalization*. Santiago (Chile): United Nations, 2013. (Financing for Development).
- FLOOD, Collen M.; GROSS, Ayeal. Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach. *Health and Human Rights Journal*, v. 16, n. 2, p. 62–72, 2014.

- FÓRUM NACIONAL DO PODER PÚBLICO. *Enunciados do FNPP*. Portal FNPP - Coordenação: Marco Antonio Rodrigues e Rita Nolasco. Disponível em: <<https://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp>>. Acesso em: 7 jun. 2021.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. [tradução do original de 1973]. Rio de Janeiro: Nau Ed., 2002.
- FRANCE, Défenseur des droits. *Rapport annuel d'activité du Défenseur des Droits 2019*. Paris: Défenseur des droit, 2020. Disponível em: <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/rapport_annuel/raa-2019-num-accessopti.pdf>.
- FRANCE, Défenseur des droits. *Rapport annuel d'activité du Défenseur des Droits 2020*. Paris: Défenseur des droit, 2021. Disponível em: <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_rapport-annuel-2020_25-03-2021.pdf>.
- FRANCE, Conseil d'État. *Conseiller les pouvoirs publics*. Le Conseil d'État. Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/missions/conseiller-les-pouvoirs-publics>>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- FRANCE, Conseil d'État. *Expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO): Bilan final*. Paris: Conseil d'État, Secrétariat Général, 2021. Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/experimentation-de-la-mediation-prealable-obligatoire-bilan-et-perspectives>>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- FRANCE, Conseil d'État. *Les chiffres clés 2019 du Conseil d'État et de la juridiction administrative*. Conseil d'État. Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/decouvrez-les-chiffres-cles-2019-du-conseil-d-etat-et-de-la-jurisdiction-administrative>>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- FRANCE, Conseil d'État. *Rapport final du groupe de travail sur l'arbitrage*. Paris: Conseil d'État, Garde des sceaux, 2007. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf>.
- FRANCE, Conseil d'État. *Rapport - Groupe de travail sur l'arbitrage*. Ministère de la Justice. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf>.
- FRANCE, Conseil d'État. *Rapport public: Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2019*. Paris: Conseil d'État, 2020. (Rapport Public). Disponível em: <<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/274197.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2020.
- FRANCE; GROUARD, Serge; PANCHER, Bertrand; *et al.* *Rapport annuel du Médiateur de la République 2010*. Paris: Assemblée Nationale: Sénat, 2010.
- FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Contribuição da ciência política para um conceito operativo de conflito e uma pragmática responsável da mediação. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (Orgs.). *Mediação e direitos humanos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: LTr, 2014, p. 9–15.
- FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 25–46, 2017.
- FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Teoria Geral do Conflito – Visão do Direito. In: LAGASTRA, Valeria Ferioli; BACELLAR, Roberto Portugal (Orgs.). *Conciliação e Mediação - Ensino e construção*. 2. ed. São Paulo: IPAM, 2019, p. 343–353.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- G20, Global Infrastructure Hub. *PPP Contract Management*. Data. Disponível em: <<https://managingppp.github.org/>>. Acesso em: 18 jun. 2022.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecilia de Araujo; COSTA, Susana Henriques da. Are the Haves Getting Even More Ahead Than Ever? Reflections on the Political Choices Concerning Access to Justice in Brazil in the Search of a New Agenda. *FGV Direito SP Research Paper Series n. 158*, v. <https://ssrn.com/abstract=2998779>, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2998779&download=yes>. Acesso em: 18 abr. 2021.

- GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Orgs.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GACHTER, Simon. *Conditional cooperation: Behavioral regularities from the lab and the field and their policy implications*. Nottingham: University of Nottingham - Centre for Decision Research and Experimental Economics, 2006. (CeDEx Discussion Paper). Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10419/67977>>.
- GAILLARD, Emmanuel; FOUCHARD, Philippe; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.
- GAJARDONI, Fernando Da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Doutorado (Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 305–325.
- GALANTER, Marc. Access to justice in a world of expanding social capability. *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, n. 1, p. 115–128, 2010.
- GALANTER, Marc. Case congregations and their careers. *Law & Society Review*, v. 24, p. 371–395, 1990.
- GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, v. 66, n. 3, p. xi–xiv, 1988.
- GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, v. 9, p. 95–160, 1974.
- GALVEZ, José A. Blanqueo. In: *Dicionário Larousse*. São Paulo: Larousse, 2006.
- GANGL, Katharina. Status quo and future research avenues of tax psychology. In: GLANL, K.; KIRCHLER, E. (Orgs.). *A research agenda for economic psychology*. Cheltenham: Edward Elgar, 2019, p. 184–198.
- GARCIA, Flavia Amaral. *O negócio jurídico processual administrativo*. Portal da PGE-RJ. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br:443/imprensa/noticias/2022/11/flavio-amaral-garcia-o-negocio-juridico-processual-administrativo>>. Acesso em: 25 dez. 2022.
- GAUDIN, Jean Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Sciences Po, 1999.
- GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge (Reino Unido): Cambridge University Press, 2008.
- GERHART, Paul F; DROTNING, John E. Do uncertain cost/benefit estimates prolong public-sector disputes. *Monthly Lab. Rev.*, v. 103, n. 9, p. 26–30, 1980.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*. Milano: Giuffrè, 1939.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere: stati e amministrazioni pubbliche*. Bologna: Mulino, 1986.
- GLOBAL POUND CONFERENCE SERIES. *Global Data Trends and Regional Differences*. Haia: International Mediation Institute, 2018. Disponível em: <<https://imimmediation.org/research/gpc/>>. Acesso em: 1 nov. 2021.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da administração pública. In: CAHALI, José Francisco; RODOVALHO, Rodrigo; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2016*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85–104.
- GONÇALVES, Cláudio Cairo. *A Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia e a processualização administrativa negocial*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/003048363>>. Acesso em: 26 nov. 2022.
- GRAMSTRUP, Erik F.; CONRADO, Paulo C.; NOLASCO, Rita Dias; *et al.* Redução de executivos fiscais e os impactos arrecadatórios decorrentes do Regime Diferenciado de Cobrança de Crédito instituído

- pela PGFN. In: WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; ÁVILA, Henrique; *et al* (Eds.). *Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público*. São Paulo: RT, 2021, p. 93–110.
- GREENE, Jamal. Right as Trumps? *Harvard Law Review*, v. 28, p. 28–132, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito*, v. 7, n. 7, p. 9–37, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. *Revista Mestrado em Direito*, v. 7, n. 2, p. 169–195, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Ligia Paula P. Pinto; SADEK, Maria Tereza Aina; *et al*. *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*. São Paulo: FGV Direito SP, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18674/CPJA_Grinover%3b%20Watana%3b%20Sica%3b%20Alves.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- GRÜNDLER, Tatiana. Les droits des justiciables face au bon fonctionnement des juridictions administratives. Note sous CE 11 juillet 2007, USMA. *L'Actualité juridique. Droit administratif*, p. 2218–2221, 2007.
- GUASH, José Luis; BENITEZ, Daniel; PORTABALES, Irene; *et al*. *The Renegotiation of PPP Contracts: An Overview of its Recent Evolution in Latin America*. Washington, D.C.: The World Bank / OCDE, 2014. (International Transport Forum Discussion). Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/2223439X>>. Acesso em: 10 maio 2021.
- GUIMARÃES, Amanda de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. tradução do original alemão de 1992. Cambridge: MIT Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, p. 21–45, 1998.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243–1248, 1968.
- HARMON, Kathleen M. Case Study as to the Effectiveness of Dispute Review Boards on the Central Artery/Tunnel Project. *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, v. 1, n. 1, p. 18–31, 2009.
- HART, Oliver. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 4, n. 1, p. 119–139, 1988.
- HART, Oliver; GROSSMAN, Sanford J. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. *Journal of Political Economy*, v. 94, n. 4, p. 691–719, 1986.
- HARTER, Philip J. Assessing the Assessors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking. *New York University Environmental Law Journal*, v. 9, n. 1, p. 32–59, 2000.
- HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)*. Trad. Arturo Enrique Sampay. tradução do original de 1925. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- HAURIOU, Maurice. La théorie de l'institution et de la fondation: essai de vitalisme social. *Aux Sources du Droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, p. 89–128, 1925.
- HAUSMAN, David. When and Why the South African Government Disobeys Constitutional Court Orders. *Stanford Journal of International Law*, v. 48, n. 2, p. 437–456, 2012.
- HERZ, Michael. United States v. United States: When Can the Federal Government Sue Itself. *Willian & Mary Law Review*, v. 32, issue 4, p. 894–991, 1991.
- HERZ, Michael; DEVINS, Neal. The Consequences of DOJ Control of Litigation on Agencies Programs. *Administrative Law Review*, v. 52, n. 4, p. 1345–1375, 2000.

- HOVENKAMP, Herbert. Law and Economics in the United States: a brief historical survey. *Cambridge Journal of Economics*, v. 19, p. 331–352, 1995.
- HUSSEIN, Abdul; SALEM AL-MAMARY, Yaser Hasan. Conflicts: Their Types, And Their Negative And Positive Effects On Organizations. *International Journal of Scientific & Technology Research*, v. 8, p. 10–13, 2019.
- Iowa State University. *Research Methodologies Guide: Quasi-Experimental Design*. Disponível em: <<https://instr.iastate.libguides.com/c.php?g=49332&p=318076>>. Acesso em: 24 maio 2022.
- JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- KAGAN, Robert A. Adversarial Legalism and American Government. *Journal of Policy Analysis and Management*, v. 10, n. 3, p. 369–406, 1991. (Adversarial Legalism (1991)).
- KAGAN, Robert A. *Adversarial Legalism: the American Way of Law*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2019. Disponível em: <<http://sk.sagepub.com/reference/governance/n4.xml>>. Acesso em: 27 nov. 2021.
- KAHAN, Dan M; HOFFMAN, David; EVANS, Danieli; *et al.* “Ideology” or “situation sense”? An experimental investigation of motivated reasoning and professional judgment. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 349–439, 2016.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: An analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 264, n. 2, p. 263–291, 1979.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo QUINTELA. tradução do original alemão de 1785. Lisboa: Edições 70, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KERR, Norbert L. Motivation Losses in Small Groups: A Social Dilemma Analysis. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 45, n. 4, p. 819–828, 1983.
- KOMESAR, Neil K. Exploring the Darkness: Law, Economics, and Institutional Choice. *Wisconsin Law Review*, v. 1997, p. 465–474, 1997.
- KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.
- KOMESAR, Neil K. Reflections on the Essence of Economics, the Character of Courts, the Role of Ideology, and the Reform of Legal Education. *Law & Social Inquiry*, v. 29, n. 1, p. 291–298, 2004.
- KOMESAR, Neil K. The logic of the Law and the essence of Economics: reflections on 40 years in the wilderness. *Wisconsin Law Review*, v. 2013, p. 265–338, 2013.
- KUHN, Paulo Henrique; PEIXOTO, José Roberto da Cunha; SANT’ANNA, Danilo Barbosa de; *et al.* *Centrais de Negociação da Procuradoria-Geral da União*. Instituto Innovare. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/centrais-de-negociacao-da-procuradoria-geral-da-uniao-20150508172456151405>>.
- LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Org.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 251–258.
- LAFUENTE, Esteban. *Blanqueo de capitales. El trasfondo de una medida polémica que todos usan*. La Nación, 15 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.lanacion.com.ar/economia/blanqueo-capitales-de-alfonsin-macri-como-fueron-nid2397830/>>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- LAMARI, Maria R. The Role of Alternative Dispute Resolution in Government Construction Contract Disputes. *Hofstra Law Review*, 23. ed. p. 205–224, 1994.
- LAN, Zhiyong. A Conflict Resolution Approach to Public Administration. *Public Administration Review*, v. 57, n. 1, p. 27–35, 1997.
- LATANÉ, Bibb; WILLIAMS, Kipling; HARKINS, Stephen; *et al.* Many hands make light the work: the cause and consequences of social loafing. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 37, n. 6, p. 822–832, 1979.
- LEBRETON, Gilles. *Droit administratif général*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2013.

- LEE, Pei-Ching; CHEN, Chin-Mei; CHOU, Chieng-Heng. Decreasing Tax Collectors' Perceived Social Loafing through Collaborative Behaviors of Taxpayers. *Journal of Public Administration Research and Theory (Oxford)*, v. 24, n. 4, p. 1037–1063, 2014.
- LEITE, Fernanda Piccinin. *Desconstrução da natureza regulamentar dos termos de ajustamento de conduta (TACs)*. Mestrado (Direito), Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020.
- LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números e valores (2020)*. Selma Lemes Advogados - Publicações. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2022.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIEBMAN, Eurico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 1947.
- LLC, Aceris Law. *The Duration of Arbitration*. ACERIS LAW. Disponível em: <<https://www.acerislaw.com/the-duration-of-arbitration/>>. Acesso em: 20 out. 2022.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p. 91–99.
- LOW, Hamish; MEGHIR, Costas. The use of structural models in econometrics. *Journal of Economic Perspectives*, v. 31, n. 2, p. 33–58, 2017.
- LUHMANN, Niklas. Conflitto e diritto. *Laboratorio Politico*, v. Anno II, n. 1: Il sociale e i conflitti, p. 5–25, 1982.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição CORTE-REAL. Tradução do original de 1969. Brasília: UnB, 1980. (Coleção Pensamento Jurídico, 15). Disponível em: <<https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/02/Legitima%C3%A7%C3%A3o-pelo-procedimento.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2021.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. [original de 1993]. São Paulo: Martins Editora, 2017.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 1998. Disponível em: <<http://padron.entretemas.com.ve/cursos/Epistem/Libros/Luhman-SistemasSociales.pdf>>.
- LUITEL, Hari Sharan; SOBEL, Russell S. The revenue impact of repeated tax amnesties. *Public budgeting & finance*, v. 27, n. 3, p. 19–38, 2007.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.
- MALLOY, Robin Paul. *Law and economics: an introductory toolkit for lawyers*. Durham: Carolina Academic Press, 2019.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. 6ª edição. São Paulo: Cengage, 2018.
- MARASCHIN, Marcia Uggrí; SANTOS, Diogo Palau; LIMA, Gustavo; et al. *Manual de Negociação baseado na teoria de Harvard*. Brasil: Escola da Advocacia Geral da União, 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Manual-de-negociacao-baseado-na-teoria-Harvard.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2022.
- MARCONDES, Fernando. Dispute Board em contratos de construção: o desenvolvimento do método nos países da América Latina. *Cadernos FGV*, v. 12, n. 30: Solução de Conflitos, p. 98–115, 2017.
- MARCONDES, Fernando; MARCONDES, Fernando. Os sistemas de soluções de conflitos nos contratos FIDIC. In: *Soluções de disputas em contratos de construção na América Latina*. São Paulo: Pini, 2016.
- MARCUM, Anthony. Why federal magistrate judges can improve judicial capacity. *University of Cincinnati Law Review*, v. 88, n. 4, p. 1009–1036, 2020.
- MARQUES, Marcos Silva Moreira. *Eficiência da arrecadação de impostos e contribuições federais: uma abordagem com uso de fronteiras estocásticas*. Dissertação (Mestrado em Economia), Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4582/1/3%C2%BA%20lugar%20do%207%C2%BA%20Prmio%20RFB.pdf>>.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O equilíbrio entre dinâmica e segurança jurídicas. In: CUNHA FILHO, Alexandre José Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 40–43.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor (Orgs.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011, p. 89–114.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. *Revista do Advogado*, v. Contratos com o Poder Público, n. 107, p. 74–82, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo*, v. 9, n. 100, p. 85–93, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 419–440.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Mediação e arbitragem no setor de telecomunicações. *Interesse Público*, v. VIII, n. 37, p. 65–68, 2006.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 55–81, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Tratado de Direito Administrativo*, v. 4 - *Funções administrativas do Estado*. São Paulo: RT, 2014, p. 405–428.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Tratado de direito administrativo*, v. 4: *funções administrativas do Estado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 523–552.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; KLEIN, Aline Lícia. *Funções Administrativas do Estado*. São Paulo: RT, 2019. (Tratado de Direito Administrativo, 4).
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de; PEREZ, Marcos Augusto (Orgs.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 21–38.
- MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 1, p. 101–107, 2007.
- MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 158–179.
- MARTINS, Ana Paula Antunes; COLARES, Elisa Sardão. “Fordismo Judiciário”: a administração do judiciário no Brasil e os impactos nos processos de execução fiscal. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: IPEA, 2013, v. 9, p. 283–299. (Diálogos para o Desenvolvimento).
- MASHAW, Jerry. The American Model of Federal Administrative Law: Remembering the First 100 Years. *The George Washington Law Review*, v. 78, p. 975–992, 2010.
- MASTIN, Deborah Bovarnick. Government Construction Headaches: Dispute Review Boards to the Rescue. *Public Lawyer*, v. 23, n. 2, p. 3–8, 2015.
- MASUCCI, Deborah. *Time for Another Big Bang in Alternative Dispute Resolution: The World Needs a Global Pound Conference*. Kluwer Mediation Blog. Disponível em: <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2014/02/18/time-for-another-big-bang-in-alternative-dispute-resolution-the-world-needs-a-global-pound-conference/>>. Acesso em: 1 nov. 2021.
- MATTEI, Ugo. Access to justice. A renewed global issue. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 3, p. 1–25, 2007.

- MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative procedures as instruments of political control. *Journal of Law, Economics & Organization*, v. 3, n. 2, p. 243–277, 1987.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2614863/mod_resource/content/0/MEDAUAR%2C%20Odete.%20O%20direito%20administrativo%20em%20evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2022.
- 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, p. 1–30, 2015.
- MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- MEGNA, Bruno Lopes. Consensualidade no processo tributário: atualização do estado da arte de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio (Orgs.). *Processo Tributário*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 103–122. (Coleção Repercussões do Novo CPC, 16).
- MEGNA, Bruno Lopes. Desmistificando a separação dos poderes: notas comparativas sobre as relações entre judiciário e administração pública na França e no Brasil. In: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; ZAGO, Mariana Fontão (Orgs.). *Direito Francês: temas fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 363–380.
- MEGNA, Bruno Lopes. Notas sobre os princípios da Administração Pública na consensualidade administrativa - e sua relação com as PPPs. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (Orgs.). *Experiências práticas em concessões e PPPs: estudos em homenagem aos 25 da Lei de Concessões*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. I-Estruturação e Arbitragem, p. 295–315.
- MEGNA, Bruno Lopes; CIANCI, Mirna. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, Antonio do Passo (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 481–505.
- MEGNA, Bruno Lopes; MASTROBUONO. A regulamentação da participação do Estado de São Paulo em arbitragens. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Orgs.). *25 anos da lei de arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: RT, 2021, p. 99–119.
- MEGNA, Bruno Lopes; SILVEIRA, Bruna Braga da; ANGELLA, Marília Golfieri. A Fazenda Pública como repeat player: vantagens, congestionamento de processos e considerações sobre a execução fiscal. In: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). *Acesso à justiça, direito e sociedade: estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 84–102.
- MEGNA, Bruno Lopes; TARTUCE, Fernanda. Fomento estatal aos meios consensuais de solução de conflitos pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. In: WATANABE, Kazuo; ÁVILA, Henrique; NOLASCO, Rita Dias; et al (Orgs.). *Desjudicialização, justiça conciliativa e Poder Público*. São Paulo: RT, 2020, p. 273–292.
- MEIRELLES, Hely Lopes; DE ANDRADE AZEVEDO, Eurico; ALEIXO, Délcio Balestero; et al. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias*. Mestrado em Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/>>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo (Orgs.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335–350.

- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Pessoas “de direito público” responsáveis. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Ed.). *Tratado de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, v. 7, p. 351–362. (Tratado de Direito Administrativo).
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 110–118.
- MENKEL-MEADOW, Carrie. *Empirical Studies of ADR: The Baseline Problem of What ADR is and What it is Compared to*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2009. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1485563>>. Acesso em: 7 maio 2021.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. Schools of thought in law and economics: a Kuhnian competition. In: MALLOY AND BRAUN (Org.). *Law and Economics: new and critical perspectives*. New York: Peter Lang, 1995.
- MERRILL, Thomas W. Marbury v. Madison as the First Great Administrative Law Decision. *The John Marshall Law Review*, n. 37, p. 481–522, 2004.
- MEYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Trad. Horácio GEREDIA; Ernesto KROTOSCHIN. Buenos Aires: De Palma, 1949.
- MODESTO, Paulo. *O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza*. Disponível em: <<https://ufba.academia.edu/PauloModesto>>.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século—o caso brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 57, p. 106–126, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 231, p. 129–156, 2003.
- MOSZORO, Marian; SPILLER, Pablo T.; STOLORZ, Sebastian. Rigidity of Public Contracts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 13, n. 3, p. 396–427, 2016.
- MOSZORO, Marian W.; SPILLER, Pablo T. Political contestability and public contracting. *Journal of Public Economic Theory*, v. 21, n. 5, p. 945–966, 2019.
- MOUANNÈS, Hiam. L’impartialité devant le Conseil d’État : la continuité d’une jurisprudence liée à l’office du juge du concret. In: SIMONIAN-GINESTE, Hélène (Org.). *La (dis)continuité en Droit*. Toulouse: l’Université Toulouse I Capitole, 2018, p. 281–298. (Actes de colloques de l’IFR). Disponível em: <<http://books.openedition.org/putc/800>>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- MULLIGAN, William Hughes. Disputes Clause of the Government Construction Contract: Its Misconstruction. *Notre Dame Law Review*, v. XXVII, n. 2, p. 167–184, 1952.
- NACHBAR, Thomas B. The rationality of rational basis review. *Virginia Law Review*, v. 102, p. 1627–1689, 2016.
- NAFFAH FILHO, Michel; CHIEFFI, Ana Luiza; CORREA, Maria Cecília M. M. A. S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. *BEPA. Boletim Epidemiológico Paulista*, v. 7, n. 84, p. 18–30, 2010.
- NERY JR, Nelson. O benefício da dilação do prazo para o Ministério Público no direito processual civil brasileiro (interpretação do artigo 188, do Código de Processo Civil). *Revista Justitia*, v. 125, n. 46, p. 93–116, 1984.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A advocacia de estado revisitada essencialidade ao estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, p. 36–65, 2009.
- NETO, Floriano de Azevedo Marques; ZAGO, Marina Fontão. Decadência da autotutela administrativa: a proteção do ato administrativo e de seus efeitos jurídicos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 281, n. 3, p. 117–142, 2022.
- NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 404–416.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: RT, 2013.

- OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Best practice principles for regulatory policy*. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en>>. Acesso em: 20 set. 2021.
- O'DONNELL, Guillermo. Horizontal Accountability: The Legal institutionalization of mistrust. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. (Orgs.). *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford: Oxford University Press on Demand, 2003, p. 34.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. Superando o paradigma punitivo: por um procedimento disciplinar restaurativo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 85, p. 67–104, 2017.
- OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes; SOARES, Rackynelly Alves Sarmento; SOUSA, Maria Fátima de; et al. Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do judiciário e da saúde. *Escola Anna Nery*, v. 23, n. 2, p. DOI 10.1590/2177-9465-ean-2018-0363, 2019.
- OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho do sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- PAES, Nelson Leitão. O parcelamento tributário e seus efeitos sobre o comportamento dos contribuintes. *Revista EconomiA*, v. 13, n. 2, p. 345–363, 2012.
- PAES, Nelson Leitão. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. *Estudos Econômicos (São Paulo)*, v. 44, n. 2, p. 323–350, 2014.
- PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v. 21, n. 1, p. 15–36, 2014.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. A teoria do ato administrativo e a prática da consensualidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Victor (Orgs.). *Os caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 2011, p. 237–262.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PEREIRA, Alfredo Vicente. *Gestão de investimentos públicos em infra-estruturas ferroviárias: caso do metro do Mondego, lições e proposta de método de controlo preventivo*. Tese (Doutorado em Gestão Empresarial Aplicada), Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/13282>>. Acesso em: 4 abr. 2021.
- PEREZ, Marcos Augusto. O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). *O negócio jurídico administrativo*. São Paulo: RT, 2011, p. 263–275.
- PFANDER, James E. Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States. *Harvard Law Review*, v. 118, n. 2, p. 643–777, 2004.
- PONOMARENKO, Maria. Administrative Rationality Review. *Virginia Law Review*, v. 104, p. 1399–1469, 2018.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações -Tomo I: Ação, classificação e eficácia*. São Paulo: RT, 1970.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.
- PORTO, Fabio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal: estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Direito em Movimento*, v. 17, n. 1, p. 142–200, 2019.
- PORTO, Silvia Marta. Justiça Social, Equidade e Necessidade em Saúde. In: PIOLA, Sergio F.; VIANNA, Solon M. (Orgs.). *Economia da saúde: conceito e contribuição para a gestão da saúde*. Brasília: IPEA, 1995, p. 123–140. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/CAP5.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2021.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Kluwer, 2014.

- POUND, Roscoe. The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice. *Annual Report of the American Bar Association*, n. 29, p. 395–417, 1906.
- PRADO, Viviane Muller; BURANELLI, Vinícius Correa. *Relatório da pesquisa de jurisprudência sobre direito societário e mercado de capitais no Tribunal de Justiça de São Paulo*. São Paulo: FGV Direito SP, 2006. (Caderno Direito FGV). Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2813/direito%2009.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2022.
- PUKELIENE, Violeta; KAŽEMEKAITYTE, Austeja. Tax behaviour: assessment of tax compliance in European Union countries. *Ekonomika*, v. 95, n. 2, p. 30–56, 2016.
- QUEIROZ E SILVA, Jules Michlet Pereira. *Execução Fiscal: eficiência e experiência comparada*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri: Manole, 2013.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REFOSCO, Helena Campos. *Ação coletiva e democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- REFOSCO, Helena Campos. Law, Development and Access to Education: A Brazilian Case Study of Class Actions. *Columbia Human Rights Law Review Online*, 2020. Disponível em: <<https://hrlr.law.columbia.edu/hrlr-online/>>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- RENDA, Andrea. *Law and Economics in the RIA World: improving the use of economic analysis in public policy and legislation*. Cambridge: Intersentia, 2011.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, Rama Judicial. *Sentencia T 760-2008*. Bogotá: Corte Constitucional, 2008. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Sentencia%20T760-08.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2022.
- REPÚBLICA DEL PERU, Controladoría General de la República. *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013*. Lima: Contraloría General de la República (Perú), 2014. Disponível em: <<http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2022.
- REPÚBLICA PORTUGUESA. *Duas novas empreitadas para construção do MetroBus do Mondego*. Portal da República Portuguesa. Disponível em: <<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/noticia?i=duas-novas-empreitadas-para-construcao-do-metrobus-do-mondego>>. Acesso em: 4 abr. 2021.
- RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Légifrance*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 3 out. 2021.
- REPULIC OF SOUTH AFRICA, Constitutional Court. *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 1)*. [s.l.]: Constitutional Court, 2002. Disponível em: <<https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2150>>. Acesso em: 2 dez. 2022.
- RESTREPO-ZEA, Jairo H.; CASAS-BUSTAMANTE, Lina P.; ESPINAL-PIEDRAHITA, Juan J. Cobertura universal y acceso efectivo a los servicios de salud: ¿Qué ha pasado en Colombia después de diez años de la Sentencia T-760? *Revista de Salud Pública*, v. 20, p. 670–676, 2020.
- RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão de Barros. Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antonio Sergio (Orgs.). *Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular*. Curitiba: Terra dos Direitos, 2010, p. 105–127.
- RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

- RODRIGUES, Marco Antonio. *Constituição e Administração Pública: definindo novos contornos à legalidade administrativa e ao poder regulamentar*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Neoconstitucionalismo e legalidade administrativa: a juridicidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, v. 63, p. 181–201, 2008. (Neoconstitucionalismo e legalidade administrativa).
- RODRIGUES-GRAVITO, Cesar; RODRIGUES-FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional Transformó el Desplazamiento Forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive Law and Economics and the New Administrative Law. *The Yale Law Journal*, v. 98, n. 2, p. 341–368, 1988.
- SADEK, Maria Tereza Aina; KULZER, José Carlos; GIL, Antonio Silveira Neto; *et al.* *O uso da Justiça e o litígio no Brasil*. Brasília: Associação dos Magistrados do Brasil - AMB, 2015. Disponível em: <<https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2015-O-uso-da-justica-e-do-litigio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2022.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise Econômica da Arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 382–389.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *Análise econômica do direito*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 95–144, 2013.
- SALAMA, Bruno; PUGLIESE, Antonio. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 1, p. 15–27, 2008.
- SALIM, José A.; VASSALLO, Analía L. *Planes de Presentación Espontánea y Facilidades de Pago nacionales en Argentina Años 1995 a 2004*. [s.l.]: Administración Federal de Ingresos Públicos - AFIP, 2005. Disponível em: <<https://docplayer.es/11043538-Planes-de-presentacion-espontanea-y-facilidades-de-pago-nacionales-en-argentina-anos-1995-a-2004.html>>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- SALLA, Ricardo Medina; FIGEUEIREDO, Augusto Barros de. Conceituação dos Dispute Boards. In: FIGEUEIREDO, Augusto Barros; SALLA, Ricardo Medina (Orgs.). *Manual de Dispute Boards: teoria, prática e provocações*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 35–102.
- SALLES, Carlos Alberto de. Ações coletivas: premissas para comparação com o sistema norte-americano. In: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. São Paulo: Leopoldianum, 2006, p. 17–29.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; CALMON, Petrônio; *et al* (Orgs.). *Em defesa de um sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143–159.
- SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 788–818.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- SALLES, Carlos Alberto de. O consenso nos braços do Leviatã: os caminhos do Judiciário brasileiro na implantação de mecanismos adequados de solução de controvérsias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 3, p. 215–241, 2018.
- SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p. 39–73.
- SALLES, Carlos Alberto de. Processo: procedimento dotado de normatividade: uma proposta de unificação conceitual. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 200–217.

- SALOKAR, Rebecca Mae. *The solicitor general: The politics of law*. Philadelphia: Temple University Press, 1994.
- SANDER, Frank E. A.; GOLDBERG, Stephen B. Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure. *Negotiation Journal*, v. 1, p. 49–68, 1994.
- SANDER, Frank E. A.; ROZDEICZER, Lukasz. Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 11, p. 1–37, 2006.
- SANTOS, Rafael Valgas dos. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: RT, 2020.
- SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. São Paulo: Lumen Juris, 2005.
- SASSANI, Bruno. *Lineamento del processo civile italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- SAUVÉ, Jean-Marc, Vice-Président du Conseil d'Etat. *Discours - Les développements de la médiation*. Conseil d'État - Discours et Interventions. Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/les-developpements-de-la-mediation>>. Acesso em: 9 dez. 2020.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. text, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-110406/>>. Acesso em: 16 dez. 2022.
- SCHWENGBER, Silvane Battaglin. *Mensurando a eficiência no sistema judiciário: métodos paramétricos e não paramétricos*. Tese (Doutorado em Economia), Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- SCOTT, Robert E; TRIANTIS, George G. Anticipating Litigation in Contract Design. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 814–879, 2006.
- SENGER, Jeffrey M. *Federal dispute resolution: Using ADR with the United States government*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.
- SHAFRITZ, Jay. *The dictionary of public policy and administration*. New York: Routledge, 2018.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge (EUA): Harvard University Press, 2004.
- SHEHA, Abdelmohssen A. A. *Le délai raisonnable de jugement: une part indissociable de la justice*. Université de Strasbourg - École Nationale d'Administration, Strasbourg, 2014.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Orgs.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 55–75.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método, 2012, p. 1–24.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves da; MEDEIROS, Bernardo A. A “morte lenta” da execução fiscal: isso é necessariamente ruim. In: SILVA, Paulo Eduardo Alves da; CUNHA, Alexandre dos Santos (Eds.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: IPEA, 2013, p. 19–27. (Diálogos para o Desenvolvimento, 9).
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23–50, 2002.
- SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de. *Judicialização do SUS nos municípios: Caminhos para responder às situações mais frequentes*. São Paulo: 31º Congresso de Secretários Municipais de Saúde do Estado de São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.cosemssp.org.br/congresso2017/arquivos/apresentacoes/24_de_marco/RODA-TEMATICA-JUDICIALIZACAO-DO-SUS/PAULA%20SUE.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2021.
- SIQUEIRA, Paula Sue Facundo de. *Judicialização em saúde no Estado de São Paulo*. Brasília: CONASS - Conselho Nacional de Secretarias de Saúde, 2015. (Para entender a gestão do SUS). Disponível em: <<https://www.conass.org.br/biblioteca/>>.
- SMINK, Veronica. *Cómo logró Argentina realizar el mayor blanqueo de capitales de su historia y el más grande del mundo (y por qué algunos celebran y otros se lamentan)*. BBC News Mundo, 31 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-39437795>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

- SOUZA, Ailton; SILVA, José Irivaldo A. O. Quem usa execução fiscal no Brasil? In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: IPEA/CNJ, 2013, p. 41–59. (Diálogos para o Desenvolvimento, 9).
- SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: SOUZA, Rodrigo Pagani de; PEREZ, Marcos Augusto (Orgs.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39–61.
- STAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In: STAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Decio (Orgs.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Elsevier, 2005, p. 102–136.
- STEARNS, Maxwell L; ZYWICKI, Todd; MICELI, Thomas J. *Law and Economics: Private and Public*. St. Paul: West Academic, 2018.
- SUMAR, Milagros Maraví. *Desequilibrio en el Arbitraje con el Estado*. Rubio Leguía Normand Abogados. Disponível em: <<https://rubio.pe/publicacionescont/10061/>>. Acesso em: 21 out. 2022.
- SUNDFELD, CARLOS ARI. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. In: CUNHA FILHO, Alexandre José Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v. 1, p. 33–40.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SUNDFELD, CARLOS ARI. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. In: NOHARA, Irene Patricia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Orgs.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.787/99*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Por um direito mais que administrativo. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 47–69.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 6, n. 23, p. 39–51, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Eds.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45–79.
- SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885–951, 2003.
- SWENDIMAN, Kathleen S. Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers. *Congressional Research Service - CRS Report for Congress*, 2012. (Congressional Research Service - CRS Report for Congress).
- TÁCITO, Caio. Ombudsman - O Defensor do povo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 171, p. 15–26, 1988.
- TAKAHASHI, Bruno. *Jurisdição e litigiosidade: partes e instituições em conflito*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, v. 128, p. 59–77, 2005.
- TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio G. L.; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 209–240.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.
- TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/>>. Acesso em: 7 jun. 2021.
- TASCHNER, Gisela. Cultura do consumo, cidadania e movimentos sociais. *Ciências Sociais Unisinos*, v. 46, n. 1, p. 47–52, 2010.

- TESS, Wilkison-Ryan. *The sucker norm*. [s.l.]: University of Pennsylvania, 2008. (SSRN).
- THOENING, Jean-Claude. Politique Publique. In: BOUSSAGUET, Laurie; JACQUOT, Sophie; RAVINET, Pauline (Orgs.). *Dictionnaire des politiques publiques*. 3ª. Paris: Sciences Po, 2010, p. 420–427.
- TIMM, Luciano; JOBIM, Eduardo. A Arbitragem, os Contratos Empresariais e a Interpretação Econômica do Direito. *Direito & Justiça*, v. 33, n. 1, p. 80–97, 2007.
- TOFFOLI, José Antonio Dias; PERES, Livia Cristina Marques. Desjudicialização conforme a Constituição e tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; et al (Orgs.). *Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público*. São Paulo: RT, 2021, p. 35–55.
- TORRES, Heleno Taveira. Comentário ao artigo 145. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; et al (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1588–1597.
- TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. *Revista de Direito Tributário*, n. 86, p. 40–64, 2003.
- TOSHIHIKO, Omoto. Dispute Boards, Resolution and Avoidance of Disputes in Construction Contracts. In: *Proceeding of TC302 Symposium Osaka 2011*. Osaka: Kyoto University, 2011, p. 122–132. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/39299946.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2022.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Eds.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 23–28.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.
- U.S.A., Congress. *Tax amnesty*. Washington, D.C: U.S. Congress, Joint Committee on Taxation, 1998. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-105JPRT46030/html/CPRT-105JPRT46030.htm>>. Acesso em: 3 nov. 2022.
- U.S.A., Department of Justice. *About DOJ*. DOJ. Disponível em: <<https://www.justice.gov/about>>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- U.S.A., Department of Justice. *Alternative Dispute Resolution at the Department of Justice*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archives/olp/alternative-dispute-resolution-department-justice>>. Acesso em: 2 nov. 2021. Publicado em jul. 2020.
- U.S.A., Department of Justice. *United States Attorneys' Annual Statistical Reports*. Justice.Gov. Disponível em: <<https://www.justice.gov/usao/resources/annual-statistical-reports>>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- U.S.A., Federal Mediation and Conciliation Service. *Services: Alternative Dispute Resolution for Government*. Disponível em: <<https://www.fmcs.gov/>>. Acesso em: 7 nov. 2021.
- U.S.A., internal Revenue Service. *Part 5. Collecting Process Chapter 8. Offer in Compromise Section 1. Overview*. Portal do Internal Revenue Service - IRS. Disponível em: <https://www.irs.gov/irm/part5/irm_05-008-001>. Acesso em: 3 nov. 2022.
- U.S.A., Office of the Attorney General. *Report for the President on the use and results of ADR in the Executive branch of the Federal Government*. Washington, D.C: disponível em <ard.gov> (acesso 2 nov. 2021), 2007. Disponível em: <https://www.adr.gov/pdf/iadrsc_press_report_final.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.
- VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais (UFRJ)*, v. 6, n. 1, p. 83–108, 2020.
- VAZ, Rafael Lutzoff de Camargo; BONACIM, Carlos Alberto Grespan; GOMES, Matheus da Costa. Impactos da judicialização da saúde nos municípios do estado de São Paulo. In: *Anais do X Congresso ANPCONT*. Ribeirão Preto: ANPCONT - Associação Nacional dos Programas em Ciências Contábeis, 2016.
- VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça*. Rio de Janeiro: IPEA, 2020. (IPEA - Texto para discussão).

- VILLALBA, Miguel A. SANCHEZ. On the effects of repeated tax amnesties. *Journal of Economics and Political Economy*, v. 4, n. 3, p. 285–301, 2017.
- VISCUSI, W. Kip (Org.). *Regulation through litigation*. Washington, D.C: Brookings Institution Press, 2004.
- VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *Revista de Processo*, v. 247, p. 353–384, 2015.
- VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. *Revista de Processo*, v. 248, p. 209–250, 2015.
- WALINE, Jean. *Droit administratif*. 28. ed. Paris: Dalloz, 2020.
- Walter E. Meyer. Research Institute of Law. Government Litigation in the Supreme Court: The Roles of the Solicitor General. *The Yale Law Journal*, v. 78, n. 8, p. 1442–1481, 1969.
- WANG, Daniel; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Reaching Out to the Needy? Access to Justice and Public Attorneys' Role in Right to Health Litigation in the City of Sao Paulo. *SSRN Electronic Journal*, 2012. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=2165209>>. Acesso em: 6 fev. 2021.
- WANG, Daniel; VASCONCELOS, Natália Pires de; POIRIER, Mathieu JP; *et al.* Health technology assessment and judicial deference to priority-setting decisions in healthcare: Quasi-experimental analysis of right-to-health litigation in Brazil. *Social Science & Medicine*, v. 265, n. 113401, 2020. Disponível em: <<https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0277953620306201>>. Acesso em: 6 fev. 2021.
- WANG, Daniel W. L. Courts and health care rationing: the case of the Brazilian Federal Supreme Court. *Health Economics, Policy and Law*, v. 8, n. 1, p. 75–93, 2013.
- WANG, Daniel Wei L. Right to Health Litigation in Brazil: The Problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, p. 617–641, 2015.
- WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 5, p. 1191–1206, 2014.
- WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, p. 482, 2020.
- WANG, Daniel Wei Liang; VASCONCELOS, Natália Pires de. O impacto institucional da judicialização da saúde pública no Brasil. *Revista do Advogado*, v. 146: Direito da Saúde, p. 110–118, 2020.
- WARD, Ettie. Mandatory court-annexed alternative dispute resolution in the United States federal courts: Panacea or pandemic. *St. John's Law Review*, v. 81, p. 77–98, 2007.
- WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGASTRA NETO, Caetano (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 8–10. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4556616/mod_resource/content/0/WATANABE%20-%20A%20mentalidade%20e%20Meios%20Alternativos.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2022.
- WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, v. 1, p. 684–690.
- WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, v. 195, p. 381–389, 2011.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasil: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: RT, 2019.
- WORLD BANK. *Expense (% of GDP) | Data*. The World Bank IBDR-IDA. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/GC.XPN.TOTL.GD.ZS>>. Acesso em: 23 out. 2022.
- WORLD BANK; CUBILLOS, Leonardo; ESCOBAR, Maria-Luisa; *et al.* *Universal health coverage and litigation in Latin America*. [s.l.]: World Bank Latin America and Caribbean Region (LAC), 2012. (En

Breve). Disponível em:

<<https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/14777261211239034/full/html>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?*

Cambridge (EUA): Harvard University Press, 2011. Disponível em:

<<https://www.jstor.org/stable/j.ctvjz81hc>>.

YARSHELL, Flávio Luiz. a execução fiscal como paradigma evolutivo do modelo executivo brasileiro. In: SILVA, Paulo Eduardo Alves da; CUNHA, Alexandre dos Santos (Eds.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: IPEA, 2013, p. 185–208. (Diálogos para o Desenvolvimento, 9).

YEUNG, Luciana. Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e “efeitos bumerangues”. In: YEUNG, Luciana (Org.). *Análise Econômica do Direito: temas contemporâneos*. São Paulo: Actual, 2020, p. 323–339.

YOUNG, Katharine G; LEMAITRE, Julieta. The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa. *Harvard Human Rights Journal*, v. 26, p. 38, 2013.

ZHU, Guobin. Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives. In: ZHU, Guobin (Org.). *Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives*. Hong Kong: Springer International Publishing, 2019, v. 39, p. 1–21. (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law). Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/978-3-030-31539-9_1>. Acesso em: 10 out. 2020.

ZUFELATO, Camilo; OLIVEIRA, Fernando Antônio. Perfil dos suscitantes de incidente de resolução de demandas repetitivas - uma análise empírica. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 21, n. 1, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/redp.2020.44549>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

386 acciones de tutela en temas de salud están paralizadas por Paro Judicial. El Espectador. Disponível em: <<https://www.elespectador.com/colombia/mas-regiones/386-acciones-de-tutela-en-temas-de-salud-estan-paralizadas-por-paro-judicial-article-526548/>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

Acessa SUS é apresentado a secretários de Estado da Saúde em Brasília. Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.mpsp.mp.br/pt/w/acessa-sus-%C3%A9-apresentado-a-secret%C3%A1rios-de-estado-da-sa%C3%BAde-em-bras%C3%ADlia>>. Acesso em: 26 nov. 2022.

Arbitragem demora, em média, 1 ano e 9 meses para solucionar ... Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/299336/arbitragem-demora-em-media--1-ano-e-9-meses-para-solucionar-conflitos-no-brasil>>. Acesso em: 20 out. 2022.

En el MTC intereses del Estado son enérgicamente defendidos. Portal Gobierno del Perú. Disponível em: <<https://www.gob.pe/institucion/mtc/noticias/613696-en-el-mtc-intereses-del-estado-son-energeticamente-defendidos>>. Acesso em: 21 out. 2022.

Encyclopedia of law and economics. New York: Springer, 2019. Disponível em:

<<https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7753-2>>.

Paro judicial afecta 16 mil pacientes críticos. El Nuevo Siglo. Disponível em:

<<http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/11-2012-paro-judicial-afecta-16-mil-pacientes-criticos>>.

Acesso em: 26 nov. 2022.

Por paro judicial, Leonidas no ha podido frenar cáncer: ... Hay outros 500 casos similares. *El Tiempo*, 2006.

Prêmio Innovare - Premiando boas práticas. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/>>.

Acesso em: 11 ago. 2020.

ANEXO I

	2004	2005	2006	2007	2008	média	
JUSTIÇA FEDERAL							
Cn1 - Casos Novos de 1º grau	623,825	506,508	560,890	646,298	617,397	590,984	(Nota 1)
CnJE - Casos Novos no Juizado Especial	1,631,304	1,442,482	1,124,766	1,253,503	1,210,164	1,332,444	(Nota 2)
<i>Subtotal Casos Novos 1ª instância</i>	<i>2,255,129</i>	<i>1,948,990</i>	<i>1,685,656</i>	<i>1,899,801</i>	<i>1,827,561</i>	<i>1,923,427</i>	
Cn2 - Casos Novos de 2º grau	407,057	402,316	308,609	443,989	473,607	407,116	(Nota 3)
CnTR - Casos Novos na Turma Recursal	109,977	324,552	306,826	332,743	380,465	290,913	(Nota 4)
<i>Subtotal Casos Novos 2ª instância</i>	<i>517,034</i>	<i>726,868</i>	<i>615,435</i>	<i>776,732</i>	<i>854,072</i>	<i>698,028</i>	
<i>Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias</i>	<i>2,772,163</i>	<i>2,675,858</i>	<i>2,301,091</i>	<i>2,676,533</i>	<i>2,681,633</i>	<i>2,621,456</i>	
PA - Pessoas Atendidas	2,060,348	3,141,074	2,776,712	2,024,639	1,859,729	2,372,500	(Nota 5)
Dgov1 - Poder Público como demandante	738,773	773,658	735,073	807,604	675,838	746,189	(Nota 6)
Dgov2 - Poder Público como demandado	1,009,394	1,805,470	1,355,794	1,830,332	2,082,634	1,616,725	(Nota 7)
<i>Cálculos especulativos</i>							(Nota 8)
Dgov1/Subtotal Casos Novos só 1ª instância	32.8%	39.7%	43.6%	42.5%	37.0%	39.1%	(Nota 9)
Dgov1/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias	26.6%	28.9%	31.9%	30.2%	25.2%	28.6%	
Dgov1/(Dgov1 + PA)	26.4%	19.8%	20.9%	28.5%	26.7%	24.5%	(Nota 10)
Dgov2/Subtotal Casos Novos só 1ª instância	44.8%	92.6%	80.4%	96.3%	114.0%	85.6%	(Nota 11)
Dgov2/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias	36.4%	67.5%	58.9%	68.4%	77.7%	61.8%	
Dgov2/(Dgov1 + PA)	36.1%	46.1%	38.6%	64.6%	82.1%	53.5%	(Nota 12)
JUSTIÇA ESTADUAL							
Cn1 - Casos Novos de 1º grau	9,607,571	9,434,832	10,462,176	11,437,664	12,250,758	10,638,600	(Nota 13)
CnJE - Casos Novos no Juizado Especial	3,538,072	4,073,400	4,161,564	4,113,152	4,212,609	4,019,759	
<i>Subtotal Casos Novos 1ª instância</i>	<i>13,145,643</i>	<i>13,508,232</i>	<i>14,623,740</i>	<i>15,550,816</i>	<i>16,463,367</i>	<i>14,658,360</i>	
Cn2 - Casos Novos de 2º grau	877,519	1,279,328	1,507,684	1,624,515	1,864,008	1,430,611	
CnTR - Casos Novos na Turma Recursal	120,264	181,503	234,701	267,804	321,571	225,169	
<i>Subtotal Casos Novos 2ª instância</i>	<i>997,783</i>	<i>1,460,831</i>	<i>1,742,385</i>	<i>1,892,319</i>	<i>2,185,579</i>	<i>1,655,779</i>	
<i>Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias</i>	<i>14,143,426</i>	<i>14,969,063</i>	<i>16,366,125</i>	<i>17,443,135</i>	<i>18,648,946</i>	<i>16,314,139</i>	
PA - Pessoas Atendidas	4,500,380	11,355,388	14,742,528	16,489,926	19,581,740	13,333,992	
Dgov1 - Poder Público como demandante	989,929	4,002,028	3,830,894	4,593,485	4,342,060	3,551,679	
Dgov2 - Poder Público como demandado	1,099,151	2,337,718	2,027,900	2,782,027	3,142,376	2,277,834	
<i>Cálculos especulativos</i>							
Dgov1/Subtotal Casos Novos só 1ª instância	7.5%	29.6%	26.2%	29.5%	26.4%	23.9%	
Dgov1/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias	7.0%	26.7%	23.4%	26.3%	23.3%	21.4%	
Dgov1/(Dgov1 + PA)	18.0%	26.1%	20.6%	21.8%	18.1%	20.9%	
Dgov2/Subtotal Casos Novos só 1ª instância	8.4%	17.3%	13.9%	17.9%	19.1%	15.3%	
Dgov2/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias	7.8%	15.6%	12.4%	15.9%	16.9%	13.7%	
Dgov2/(Dgov1 + PA)	20.0%	15.2%	10.9%	13.2%	13.1%	14.5%	
JUSTIÇA TRABALHISTA							
Cn1c - Casos Novos: 1º Grau Fase de Conhecimento	1,596,741	1,769,948	1,795,742	1,841,882	1,951,423	1,791,147	(Nota 14)
Cn1e - Casos Novos: 1º Grau Fase de Execução	1,012,909	1,216,021	1,161,578	1,129,242	1,244,800	1,152,910	
Cn1 - Casos Novos de 1º grau	2,609,650	2,985,969	2,957,320	2,971,124	3,196,223	2,944,057	
Cn2 - Casos Novos de 2º grau	486,983	501,507	537,850	641,681	659,151	565,434	
<i>Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias</i>	<i>3,096,633</i>	<i>3,487,476</i>	<i>3,495,170</i>	<i>3,612,805</i>	<i>3,855,374</i>	<i>3,509,492</i>	
PA - Pessoas Atendidas	1541774	2053259	2340880	2353264	2552923	2,168,420	
Dgov1 - Poder Público como demandante	15,551	69,557	59,010	86,673	45,767	55,312	
Dgov2 - Poder Público como demandado	52733	121029	241065	142962	147882	141,134	
<i>Cálculos especulativos</i>							
Dgov1/Subtotal Casos Novos só 1ª instância	0.6%	2.3%	2.0%	2.9%	1.4%	1.9%	
Dgov1/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias	0.5%	2.0%	1.7%	2.4%	1.2%	1.6%	
Dgov1/(Dgov1 + PA)	1.0%	3.3%	2.5%	3.6%	1.8%	2.4%	
Dgov2/Subtotal Casos Novos só 1ª instância	2.0%	4.1%	8.2%	4.8%	4.6%	4.7%	
Dgov2/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias	1.7%	3.5%	6.9%	4.0%	3.8%	4.0%	
Dgov2/(Dgov1 + PA)	3.4%	5.7%	10.0%	5.9%	5.7%	6.1%	

	2004	2005	2006	2007	2008	média
FEDERAL + ESTADUAL						
(Nota 15)						
<i>Subtotal Casos Novos 1ª instância</i>	15,400,772	15,457,222	16,309,396	17,450,617	18,290,928	16,581,787
<i>Subtotal Casos Novos 2ª instância</i>	1,514,817	2,187,699	2,357,820	2,669,051	3,039,651	2,353,808
<i>Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias</i>	16,915,589	17,644,921	18,667,216	20,119,668	21,330,579	18,935,595
<i>PA - Pessoas Atendidas</i>	6,560,728	14,496,462	17,519,240	18,514,565	21,441,469	15,706,493
<i>Dgov1 - Poder Público como demandante</i>	1,728,702	4,775,686	4,565,967	5,401,089	5,017,898	4,297,868
<i>Dgov2 - Poder Público como demandado</i>	2,108,545	4,143,188	3,383,694	4,612,359	5,225,010	3,894,559
Cálculos especulativos						
<i>Dgov1/Subtotal Casos Novos só 1ª instância</i>	11.2%	30.9%	28.0%	31.0%	27.4%	25.7%
<i>Dgov1/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias</i>	10.2%	27.1%	24.5%	26.8%	23.5%	22.4%
<i>Dgov1/(Dgov1 + PA)</i>	20.9%	24.8%	20.7%	22.6%	19.0%	21.6%
<i>Dgov2/Subtotal Casos Novos só 1ª instância</i>	13.7%	26.8%	20.7%	26.4%	28.6%	23.2%
<i>Dgov2/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias</i>	12.5%	23.5%	18.1%	22.9%	24.5%	20.3%
<i>Dgov2/(Dgov1 + PA)</i>	25.4%	21.5%	15.3%	19.3%	19.7%	20.3%
FEDERAL + ESTADUAL + TRABALHISTA						
(Nota 16)						
<i>Subtotal Casos Novos 1ª instância</i>	18,010,422	18,443,191	19,266,716	20,421,741	21,487,151	19,525,844
<i>Subtotal Casos Novos 2ª instância</i>	2,001,800	2,689,206	2,895,670	3,310,732	3,698,802	2,919,242
<i>Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias</i>	20,012,222	21,132,397	22,162,386	23,732,473	25,185,953	22,445,086
<i>PA - Pessoas Atendidas</i>	8,102,502	16,549,721	19,860,120	20,867,829	23,994,392	17,874,913
<i>Dgov1 - Poder Público como demandante</i>	1,744,253	4,845,243	4,624,977	5,487,762	5,063,665	4,353,180
<i>Dgov2 - Poder Público como demandado</i>	2,161,278	4,264,217	3,624,759	4,755,321	5,372,892	4,035,693
Cálculos especulativos						
<i>Dgov1/Subtotal Casos Novos só 1ª instância</i>	9.7%	26.3%	24.0%	26.9%	23.6%	22.1%
<i>Dgov1/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias</i>	8.7%	22.9%	20.9%	23.1%	20.1%	19.1%
<i>Dgov1/(Dgov1 + PA)</i>	17.7%	22.6%	18.9%	20.8%	17.4%	19.5%
<i>Dgov2/Subtotal Casos Novos só 1ª instância</i>	12.0%	23.1%	18.8%	23.3%	25.0%	20.4%
<i>Dgov2/Total Casos Novos 1ª + 2ª instâncias</i>	10.8%	20.2%	16.4%	20.0%	21.3%	17.7%
<i>Dgov2/(Dgov1 + PA)</i>	21.9%	19.9%	14.8%	18.0%	18.5%	18.6%

Nota 1 - O relatório define: "CN1º - Casos Novos de 1º Grau: Todos os processos originários e recursais que ingressaram ou foram protocolizados na Justiça Federal de 1º Grau no período base (ano ou semestre), inclusive embargos de terceiros e embargos à execução processados em autos apartados, excluídas as cartas precatórias, de ordem e rogatórias recebidas recursos internos, execuções de sentenças e as execuções dos títulos executivos extrajudiciais, os precatórios judiciais e RPV's (Requisições de Pequeno Valor) e outros procedimentos passíveis de solução por despacho de mero expediente"

Nota 2 - O relatório define: "CNJE - Casos Novos de Juizado Especial: Todos os processos que ingressaram ou foram protocolizados nos Juizados Especiais, excluídas as execuções de sentença, recursos internos, e outros procedimentos passíveis de solução por despacho de mero expediente no período-base (ano ou semestre)"

Nota 3 - O relatório define: "CN2º - Casos Novos de 2º Grau: Todos os processos originários e recursais que ingressaram ou foram protocolizados na Justiça Federal de 2º Grau no período base (ano ou semestre), excluídas as cartas precatórias, de ordem e rogatórias recebidas e outros procedimentos passíveis de solução por despacho de mero expediente."

Nota 4 - O relatório define: "CNTR - Casos Novos de Turma Recursal: Todos os recursos protocolizados nas Turmas Recursais no período-base (ano ou semestre)"

Nota 5 - O relatório define: "PA - Pessoas Atendidas (Demandante): O número de pessoas que ingressaram com alguma ação judicial na Justiça Federal no período-base (ano ou semestre), considerando como partes demandantes (Autores) pessoas físicas e pessoas jurídicas de direito privado não governamental". Não está claro se o número considera a hipótese de uma só pessoa ajuizar mais de uma ação.

Nota 6 - O relatório define: "DGov1 - Poder Público como Demandante: Número total de ações propostas pela União, Estados, Municípios, INSS, CEF, Banco do Brasil e outros entes da Administração Pública Indireta no período-base"

Nota 7 - O relatório define: "DGov2 - Poder Público como Demandado: Número total de ações propostas contra a União, Estados, Municípios, INSS, CEF, Banco do Brasil e outros entes da Administração Pública Indireta no período-base (ano ou semestre)."

Nota 8 - Fala-se em "cálculos especulativos" pois, conforme ressalvas detalhadas nas notas 9 a 12, além das ressalvas expostas no texto da tese, não há clareza sobre a forma de apuração de tais números pelo CNJ, de modo que deles não é possível extrair conclusões com precisão.

Nota 9 - Os conceitos anteriormente citados não deixam claro se as "ações propostas" pelo ou contra o setor público considera apenas as de 1ª instância ou se somam também a 2ª instância. Por isso, foram calculadas ambas as proporções, a fim de estimar uma ordem de grandeza. Assim, no caso, considerados os erros de cadastramento e as ressalvas metodológicas do relatório, especula-se que a ordem de grandeza média da proporção dos casos em que o Poder Público foi "demandante", na Justiça Federal, no período, teria sido algo em torno de 28.6% a 39.1%. Ver, ainda, a Nota 10.

Nota 10 - Se considerado que os litisconsórcios entre entes públicos são desprezíveis, de modo que cada "ação proposta" pelo Poder Público equivale a 1 ente público "atendido", e consideradas as demais ressalvas, é possível especular a proporção entre entes públicos "atendidos" no universo de todos os sujeitos "atendidos". Assim, na Justiça Federal, no período, especula-se que os entes públicos representariam aproximadamente 24.5% dos "demandantes".

Nota 11 - Conforme a Nota 8, não está claro se a contagem dos casos do Poder Público considera apenas a 1ª instância ou também a 2ª instância, razão pela qual foram calculadas ambas proporções. Assim, consideradas as ressalvas feitas, especula-se que a ordem de grandeza média, na Justiça Federal, no período, em que o Poder Público foi "demandado", teria sido algo em torno de 65.8% a 85.6%. Tendo em vista que, ao se considerar apenas a 1ª instância, o ano de 2008 resulta em número maior que 100% dos casos, infere-se que ou há erro de cadastro (o que é plausível, dada a discrepância em relação a 2004, que teve apenas 48%), ou que, de fato, os números do Poder Público consideram tanto 1ª como 2ª instância. Considerando a competência da Justiça Federal, é esperado que, exceto nas ações penais e nas execuções fiscais, o polo passivo das ações sejam ocupados por entes governamentais, na 1ª instância.

Nota 12 - Conforme a Nota 9, se desprezados os litisconsórcios entre entes públicos e considerados que cada ação "atende" 1 ente do Poder Público, e consideradas as demais ressalvas, pode-se especular a proporção entre entes públicos "atendidos" no universo de todos os sujeitos "atendidos". Assim, na Justiça Federal, no período, especula-se que os entes públicos teriam sido aproximadamente 53.5% dos "demandados".

Nota 13 - Ver notas 1 a 12: os índices e considerações são os mesmos, porém aplicados à Justiça Estadual.

Nota 14 - Ver notas 1 a 12: os índices e considerações são os mesmos, porém, aplicados à Justiça do Trabalho.

Nota 15 - Ver notas 1 a 12: os índices e considerações são os mesmos, somando-se, porém, os números da Justiça Federal e da Justiça Estadual, de modo a obter um resultado para a "Justiça Comum".

Nota 16 - Ver notas 1 a 12: os índices e considerações são os mesmos, somando-se, porém, os números das Justíças Federal, Estadual e do Trabalho.

ANEXO II – REFERÊNCIAS DO Quadro 11

Ente da federação	UNIÃO	ACRE	ALAGOAS	AMAPÁ	AMAZONAS	BAHIA
Última redação da lei	LC 73/1993; Lei 9.469/1997; Lei 10.259/2001; Lei 13.140/2015; Lei 13.988/2020	LC 45/1994	LC 07/1991	LC 89/2015	LO 1.639/1983	LC 34/2009
Atualizada até	1996; 2020;2012; 2015; 2022	2022	2018	2022	2015	2022
Câmara de mediação/conciliação	Art. 1º (Lei 9.469/97)	Art. 11º-A; Art. 11º-B, §§2 e 3	Art. 25º-H (LC 47/2018)	Art. 24º, I, II, III	-	Art. 21º-I, I e II
Ajuizamento de ações	Art. 4º, III e §2º (LC 73/1993)	Art. 1º	Art. 4º, I	Art. 4º, I	Art. 2º, I	Art. 2º, VII
Dispensa de ajuizamento de ações	Art. 4º, VI (LC 73/1993)	-	Art. 11º, VI	Art. 7º, §2º	Art. 10º, VII	-
Confessar ou reconhecer pedidos	-	-	Art. 11º, VI	-	Art. 10º, VIII	Art. 2º, VII
Desistir/deixar de contestar	Art. 4º, VI (LC 73/1993)	Art. 4º, XIV	Art. 11º, VI	Art. 7º, §2º	Art. 10º, VII	Art. 2º, VII
Deixar de recorrer (interpor recurso)	Art. 1º-A (Lei 9.496/97)	-	-	Art. 7º, §2º	Art. 10º, VII	-
Firmar TAC (termo ou compromisso de ajustamento de conduta)	Art. 4º-A (Lei 9.469/97)	Art. 11º-A	Art. 25º-F, III (LC 47/2018)	Art. 24º, III	Art. 2º, XIX	Art. 21º-I, III
Firmar "compromisso" (sem especificar de que tipo)	Art. 4º, VI (LC 73/1993)	Art. 4º, XIV	Art. 11º, VI	-	Art. 10º, VIII	Art. 2º, VII
Arbitragem (como parte)	-	Art. 4º, XXXIV	-	Art. 24º, VI	-	-
Mediação (como parte)	Lei 13.140/2015	Art. 4º, XXXIV	Art. 25º-F, I; §4º (LC 47/2018)	-	-	-
Conciliação (como parte)	-	Art. 4º, XXXIV	Art. 25º-F, I; §4º (LC 47/2018)	Art. 24º, II	-	Art. 2º, VII
Negociação	-	Art. 11º-B	Art. 25º-F, IV (LC 47/2018)	-	-	Art. 21º-I, II
Transação	Art. 4º, VI (LC 73/1993)	Art. 4º, XXXIV	Art. 11º, VI	Art. 31º, §2º	Art. 10º, VIII	Art. 2º, XXXIV
Autocomposição/ "firmar acordos"	-	Art. 4º, XXXIV	Art. 25º-F, IV (LC 47/2018)	Art. 31º, §2º	Art. 10º, VIII	Art. 2º, III
Comitê/ Junta de Solução de Conflitos (Dispute Board)	-	-	-	-	-	-
Dirimir / julgar conflitos entre órgãos / entes públicos	-	Art. 4º, VIII	Art. 4º, XVIII	Art. 24º, VII	Art. 10º, VIII	Art. 21º- I
Parcelar / conceder parcelamentos	-	-	Art. 25º-K, III (LC 47/2018)	Art. 7º, XVII	-	Art. 2º, XXXIII
Cláusula geral de soluções extrajudiciais	Art. 4º, §2º (LC 73/1993)	Art. 4º, XXXIV	Art. 25º-P (LC 47/2018)	-	Art. 10º, VIII	-

Súmulas (fixar orientações gerais, vinculantes para prevenir conflitos)	Art. 4º, XII (LC 73/1993)	Art. 4º, XVIII	Art. 7º, XIII	Art. 7º, XXXI	Art. 2º, V	Art. 2º, V
Observações	PL 2485/2022	Res. TJAC nº238/2019.	Decreto nº 64.050/2019	Lei nº 2.659/2022. Lei nº 2.354/2018.	Lei nº 4.738/2018	-

Ente da federação	CEARÁ	DISTRITO FEDERAL	ESPÍRITO SANTO	GOIÁS	MARANHÃO	MATO GROSSO
Última redação da lei	LC 58/2006	LC 395/2001	LC 88/1996	LC 58/2006	LC 20/1994	LC 111/2002
Atualizada até	2022	2022	2022	2022	2022	2022
Câmara de mediação/conciliação	Art. 14º-A, §§1, 2 e 3 (LC 277/2022)	-	Art. 6º, XIX; Art. 15º-A	Art. 16º-A	Art. 2º, I	Art. 14, §2º
Ajuizamento de ações	Art. 8º, IV	Art. 4º, I	Art. 3º, I	Art. 3º, I	-	Art. 2, 1º
Dispensa de ajuizamento de ações	Art. 8º, IV	Art. 4º, I	Art. 6º, XIVa	Art. 5º, VIa	Art. 4º, XXIII	-
Confessar ou reconhecer pedidos	Art. 8º, V	Art. 6º, II	-	Art. 5º, VIa	Art. 4º, XXIII	Art. 8º, VII
Desistir/deixar de contestar	Art. 8º, V	Art. 6º, II	Art. 6º, XIVa	Art. 5º, VIa	-	Art. 8º, VII
Deixar de recorrer (interpor recurso)	Art. 8º, IV	Art. 6º, II	Art. 6º, XIVb	Art. 5º, VIB	-	Art. 8º, VII
Firmar TAC (termo ou compromisso de ajustamento de conduta)	-	-	Art. 3º, VII	-	-	-
Firmar "compromisso" (sem especificar de que tipo)	Art. 8º, V	-	-	Art. 5º, VIa	Art. 4º, XXIII	Art. 8º, VII
Arbitragem (como parte)	-	-	-	Art. 5º, XX	-	-
Mediação (como parte)	-	-	-	-	-	Art. 14, §2º
Conciliação (como parte)	-	-	-	Art. 5º, XX	-	Art. 14, §2º
Negociação	-	-	-	-	-	-
Transação	-	Art. 6º, II	-	Art. 5º, VIa	Art. 4º, XXIII	Art. 8º, VII
Autocomposição / "firmar acordos"	Art. 8º, V	Art. 4º, XIV	Art. 6º, XIVc	Art. 5º, XX	-	Art. 15, II
Comitê/ Junta de Solução de Conflitos (Dispute Board)	-	-	-	-	-	-
Dirimir/julgar conflitos entre órgãos/entes públicos	Art. 26º, VI	Art. 6º, XLI	-	-	-	-
Parcelar / conceder parcelamentos	-	-	Art. 26º, III e IV	-	-	Art. 8º, XII
Cláusula geral de soluções extrajudiciais	Art. 8º, V	Art. 6º, XXXIII	-	Art. 5º, XX	Art. 4º, XXIII	-
Súmulas (fixar orientações gerais, vinculantes para prevenir conflitos)	Art. 26º, VI	-	-	Art. 8º, IX	Art. 2º, II	Art. 5º, XXIV
Observações	-	-	LC nº 1.011/2022 Lei nº 10.885/2018	LC 58/2006 Art. 5º, parág. único + Decreto nº 9.929/2021	-	Projeto de Lei nº 531/2020

Ente da federação	MATO GROSSO DO SUL	MINAS GERAIS	PARÁ	PARAÍBA	PARANÁ	PERNAMBUCO
Última redação da lei	LC 95/2001	LC 83/05	LC 41/2002	LC 86/2008	LC 26/1985	LC 02/1990
Atualizada até	2021	2019	2021	2018	2022	2020
Câmara de mediação/conciliação	Art. 3º, XIII	Art. 2º, VII	-	-	-	-
Ajuizamento de ações	Art. 2º, V	Art. 1º-A, I	Art. 2º, I	Art. 3º, I	Art. 1º, I	Art. 3º, I
Dispensa de ajuizamento de ações	Art. 8º, XXI, a) e b)	Art. 3º-A, VIII	-	-	Art. 1º, §3º	-
Confessar ou reconhecer pedidos	Art. 20º, IV	Art. 3º-A, VIII	Art. 19º, Parag. Único	Art. 3º, XXI	-	Art. 31, IV
Desistir/deixar de contestar	Art. 8º, XXI, e; Art. 20, IV	Art. 3º-A, VII e VIII	Art. 5º, III	Art. 3º, XXI	Art. 1º, §3º	Art. 31, IV
Deixar de recorrer (interpor recurso)	Art. 8º, XXI, b	Art. 3º-A, VII	Art. 5º, III	Art. 9º, IV	Art. 1º, §3º	Art. 30, VII
Firmar TAC (termo ou compromisso de ajustamento de conduta)	Art. 3º, XV	-	Art. 12º, VII	-	Art. 5º-C, VII	-
Firmar "compromisso" (sem especificar de que tipo)	-	Art. 3º-A, VIII	-	Art. 3º, XXI; Art. 9º, V	-	-
Arbitragem (como parte)	-	Lei 19.477/2011	Art. 5º, IV	-	-	Lei 15.627/2015
Mediação (como parte)	-	Art. 1 - A: XXVIII	Art. 5º, IV	-	-	-
Conciliação (como parte)	-	Art. 1 - A: XXVIII	Art. 5º, IV	-	Art. 1º, §3º	-
Negociação	-	Art. 1 - A: XXVIII	Art. 5º, IV	-	-	-
Transação	Art. 20º, IV	Art. 3º-A §4º	Art. 19º, Parag. Único	Art. 3º, XXI	Art. 1º, §3º	Art. 31, IV
Autocomposição / "firmar acordos"	-	Art. 3º-A §4º	Art. 5º, IV	Art. 3º, XXI	Art. 7º, IX	-
Comitê/ Junta de Solução de Conflitos (Dispute Board)	-	-	-	-	-	-
Dirimir/julgar conflitos entre órgãos/entes públicos	Art. 3º, XIII	Art. 1º-A XXV	-	Art. 9º, XXVIII	-	Art. 3º, XIV
Parcelar / conceder parcelamentos	Art. 8º, XX	Art. 3º-A, XI	-	-	-	-
Cláusula geral de soluções extrajudiciais	Art. 20º, IV	-	-	Art. 3º, XXI; Art. 9º, V	-	-
Súmulas (fixar orientações gerais, vinculantes para prevenir conflitos)	Art. 2º, VII	Art. 3º-A, XXXVII	-	Art. 9º, XXVIII	Art. 5º, XXI	Art. 3º, XIV
Observações	-	-	-	-	Art. 7º, IX	-

Ente da federação	PIAUI	RIO DE JANEIRO	RIO GRANDE DO NORTE	RIO GRANDE DO SUL	RONDÔNIA
Última redação da lei	LC 56/2005	LC 15/1980	LC 240/2002	LC 11.742/2002	LC 620/2011
Atualizada até	2008	2010	2019	2021	2021
Câmara de mediação/conciliação	-	-	-	-	-
Ajuizamento de ações	Art. 2º, I	Art. 2º, I	Art. 4º, I	Art. 2º, I	Art. 3º, I
Dispensa de ajuizamento de ações	Art. 10º, IX, a	Art. 6º, XLV, a	Art. 11º, III	-	Art. 37º, VI
Confessar ou reconhecer pedidos	Art. 57º, I	-	Art. 58º, §2º	Art. 12º, III	Art. 11º, III
Desistir/deixar de contestar	Art. 10º, IX, a	Art. 6º, XLV, a	Art. 58º, §2º	Art. 12º, III	Art. 11º, III
Deixar de recorrer (interpor recurso)	Art. 10º, IX, b	Art. 6º, XLV, b	Art. 59º	-	Art. 37º, VI
Firmar TAC (termo ou compromisso de ajustamento de conduta)	-	-	-	-	Art. 3º, XXI
Firmar "compromisso" (sem especificar de que tipo)	-	-	Art. 11º, IV	Art. 12º, III	Art. 11º, III
Arbitragem (como parte)	-	Res. PGE/RJ n. 4.780/2021	-	-	-
Mediação (como parte)	-	-	-	-	-
Conciliação (como parte)	-	-	-	-	-
Negociação	-	-	-	-	-
Transação	Art. 57º, I	-	Art. 58º, §2º; Art. 11º, IV	Art. 12º, III	Art. 11º, III
Autocomposição / "firmar acordos"	Art. 57º, I	Art. 2º, VI	Art. 58º, §2º	-	Art. 3º, IX
Comitê/ Junta de Solução de Conflitos (Dispute Board)	-	-	-	-	-
Dirimir/julgar conflitos entre órgãos/entes públicos	-	-	-	-	-
Parcelar / conceder parcelamentos	Art. 6º, XXIV	Art. 6º, XXXI	Art. 33º, X	-	-
Cláusula geral de soluções extrajudiciais	-	-	-	-	Art. 11º, III
Súmulas (fixar orientações gerais, vinculantes para prevenir conflitos)	Art. 6º, XVIII	Art. 2º, XV	Art. 91º, VI	Art. 12º, IX	Art. 3º, XI
Observações	-	Decreto nº 46.245/2018 + Res. PGE RJ nº 4.827/2022	-	Lei 1.4794/2015 + Decreto nº 55.996/2021	Lei Ordinária nº 4.007/2017.

Ente da federação	RORAIMA	SANTA CATARINA	SÃO PAULO	SERGIPE	TOCANTINS
Última redação da lei	LC 71/2003	LC 317/2005	LC 1.270/2015	LC 27/1996	LC 20/1999
Atualizada até	2022	2021	2015	2013	2022
Câmara de mediação/ conciliação	-	-	Art. 54º	-	Art. 13º-D, I e II
Ajuizamento de ações	Art. 2º, I	Art. 4º, I	Art. 3º, I	Art. 3º, I	Art. 1º, I
Dispensa de ajuizamento de ações	-	Art. 69º, V	Art. 4º	-	-
Confessar ou reconhecer pedidos	-	Art. 28º, IV	Art. 4º	Art. 7º, VII	Art. 19º, XXXII
Desistir/deixar de contestar	Art. 7º, VI	Art. 28º, IV	Art. 4º	Art. 7º, VII	Art. 19º, XXXII
Deixar de recorrer (interpor recurso)	Art. 7º, XXIV	Art. 28º, VI	Art. 4º	-	Art. 19º, XXXII
Firmar TAC (termo ou compromisso de ajustamento de conduta)	-	-	Art. 3º, XV	-	Art. 13º-D, III
Firmar "compromisso" (sem especificar de que tipo)	Art. 7º, VI	-	Art. 7º, X	-	Art. 19º, XXXII
Arbitragem (como parte)	-	-	Art. 23º, IV, a	-	Art. 13º-D, IV
Mediação (como parte)	-	-	-	-	Art. 13º-D, II
Conciliação (como parte)	-	-	Art. 20º, IX	-	Art. 13º-D, II
Negociação	-	-	-	-	-
Transação	Art. 7º, VI	Art. 28º, IV	Art. 4º	Art. 7º, VII	Art. 19º, XXXII
Autocomposição / "firmar acordos"	Art. 7º, VI	Art. 20º, VII	Art. 23º, II, e	Art. 7º, VII	Art. 12º, IV
Comitê/ Junta de Solução de Conflitos (Dispute Board)	-	-	-	-	-
Dirimir/julgar conflitos entre órgãos/entes públicos	Art. 2º, VII	Art. 4º, XIV	Art. 54º	-	Art. 13º-D, II
Parcelar / conceder parcelamentos	-	-	Art. 20º, XII	-	-
Cláusula geral de soluções extrajudiciais	-	Art. 7º, XI	Art. 3º, I	-	Art. 13º-D, V
Súmulas (fixar orientações gerais, vinculantes para prevenir conflitos)	Art. 7º, §1º, VII	Art. 4º, XIV	Art. 4º, XXI, §4º	Art. 9º, XII	Art. 1º, VI
Observações	-	Lei nº 18.302/2021 + Decreto nº 2.241/2022	Art. 64º + Decreto nº 64.356/2019	-	-

ANEXO III – REFERÊNCIAS DO Quadro 20

UF	CÂMARA ADMINISTRATIVA GENÉRICA	EFETIVAMENTE INSTALADA?	CÂMARA ESPECÍFICA DE SAÚDE PÚBLICA	EFETIVAMENTE INSTALADA?
UNIAO	Câmara de Conciliação da Administração Pública – CCAF (Portaria AGU nº 173/2020 + Decreto federal 10.201/2020) ¹	SIM ²	Não há	N/A
AC	Câmara de Conciliação e Arbitragem (CCA) de Rio Branco (Acordo de Cooperação entre TJAC e SEBRAE 2008 - Não encontrado) ³	SIM ⁴	Não há	N/A
AL	Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (LCE 47/2018) ⁵	SIM ⁶	Câmara de Conciliação em Saúde (Resolução TJAL - Não encontrada) ⁷	SIM ⁸
AP	Câmara de Conciliação e Arbitragem (LC 89/2015) ⁹	SIM ¹⁰	Não há	N/A
AM	Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRACs) (Decreto Nº 44.796/2021- não encontrado) ¹¹	SIM ¹²	Não há	N/A
BA	Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos da Administração Pública Estadual (LC 43/2017) ¹³	SIM ¹⁴	Câmara de Conciliação de Saúde (CCS) (Convênio de Cooperação nº 01/2015 TJBA) ¹⁵	SIM ¹⁶
CE	Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos (Decreto estadual nº 33.329/2019 ¹⁷ + LC 277/2022 ¹⁸)	SIM ¹⁹	Não há	N/A
DF	Não há	N/A	Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (Camedis) (Portaria Conjunta 01/2013 - SESDF e DPDF) ²⁰	SIM ²¹

¹ <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/base-normativa>

² <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/contatos>

³ http://www.cbmae.org.br/n/upload/boletim/boletim_87/41%20Boletim%20CBMAE.pdf

⁴ <https://www.cnj.jus.br/inaugurada-no-acre-camara-de-conciliacao-e-arbitragem/>

⁵ https://sapl.al.al.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2018/1600/lei_complementar_no_47_de_27.04.2018.pdf

⁶ <https://ape-al.org.br/ape-al-e-pge-promovem-curso-de-mediacao-e-resolucao-de-conflito/>

⁷ <https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=11197>

⁸ <http://al.corens.portalcofen.gov.br/coren-al-implanta-camara-de-mediacao-e-conciliacao-em-alagoas/>

⁹ http://www.al.ap.gov.br/ver_texto_consolidado.php?iddocumento=59063

¹⁰ Decisões de 2020 que citam acordos feitos na Câmara.

¹¹ <https://segundoasegundo.com.br/2022/07/17/pge-am-media-solucao-de-conflitos-e-economia-de-recursos-chega-a-r-15-milhao-em-seis-meses/>

¹² <https://www.casacivil.am.gov.br/camaras-de-conciliacao-iniciam-atendimentos-nesta-terca-feira-09-11-na-procuradoria-geral-do-estado/>

¹³ <https://leisestaduais.com.br/ba/lei-complementar-n-43-2017-bahia-altera-a-lei-complementar-n-34-de-06-de-fevereiro-de-2009-o-art-7-da-lei-complementar-n-19-de-23-de-julho-de-2003-e-da-outras-providencias>

¹⁴ <https://apeb.org.br/noticias1.asp?reg=485>

¹⁵ <http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2020/09/Regulamento-da-CCS.pdf>

¹⁶ <https://www.mpba.mp.br/noticia/35259>

¹⁷ https://www.ce.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2019/12/1-Decreto-n.-33.329-de-04-de-novembro-de-2019.-Disp%C3%B5e-sobre-a-cria%C3%A7%C3%A3o-da-C%C3%A2mara-de-Preven%C3%A7%C3%A3o-e-Resolu%C3%A7%C3%A3o-de-Conflitos-CPRAC-no-%C3%A2mbito-da-PGE.CE_.pdf

¹⁸ <https://leisestaduais.com.br/ce/lei-complementar-n-277-2022-ceara->

¹⁹ <https://www.pge.ce.gov.br/2022/03/18/pge-ce-instala-camara-de-prevencao-e-resolucao-de-conflitos-com-painel-sobre-dialogo/>

²⁰ https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/74163/Portaria_Conjunta_1_26_02_2013.html

²¹ <https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/100364713/camara-de-mediacao-de-saude-e-instituida-no-distrito-federal/amp>

ES	Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Espírito Santo (CPRACES) (LC 1011/2022) ²²	SIM ²³	Não há	N/A
GO	Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA) (LC 144/2018) ²⁴	SIM ²⁵	Não há	N/A
MA	Não há	N/A	Não há	N/A
MT	Não há	N/A	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Saúde Pública (Não encontrado)	SIM ²⁶
MS	Câmara Administrativa De Solução De Conflitos No Âmbito Da Procuradoria-Geral Do Estado (Resolução PGE 242/2017) ²⁷	SIM ²⁸	Não há	N/A
MG	Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (CPRAC) (Lei Estadual nº 23.172/2018 ²⁹ + LC 151/2019 ³⁰)	SIM ³¹	Não há	N/A
PA	Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem da Procuradoria-Geral do Estado (CAMPGE) (LC 121/2019) ³²	SIM ³³	Não há	N/A
PB	Câmara de Mediação e Negociação de Conflitos Coletivos (CMNCC-MPPB) (LC 97/2010) ³⁴	SIM ³⁵	Não há	N/A
PR	Câmara Administrativa de Solução de Conflitos da Procuradoria-Geral do Estado (CASC) (Decreto estadual 8.473/2021) ³⁶	SIM ³⁷	Não há	N/A

²² https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/diario_oficial_2022-04-06_suplemento_completo.pdf

²³ <https://pge.es.gov.br/camara-de-prevencao-e-resolucao-administrativa-de-conflitos-do-espírito-santo-cpraces>

²⁴ http://www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=22891

²⁵ <https://www.procuradoria.go.gov.br/noticias/2759-c%3%A2mara-de-concilia%C3%A7%C3%A3o-recebe-primeiro-conflito-entre-entidades-da-administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica.html>

²⁶ <https://www.tjmt.jus.br/noticias/66359#.Y5tnG3bMK3A>

²⁷ <http://www.pge.ms.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Resolu%C3%A7%C3%A3o-242-cria-camara-de-solu%C3%A7%C3%A3o-de-litigios-na-pge.pdf>

²⁸ <https://www.pge.ms.gov.br/camara-administrativa-de-solucao-de-conflitos-casc-da-pge-ms-obtem-sucesso-na-primeira-sessao/>

²⁹ <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/LEI/23172/2018/>

³⁰ https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/LCP/151/2019;/PORTAL_SESSIONID=7ABB90FC37B92A175E3ADEB164EC0AC2.worker2

³¹ <https://advocaciageral.mg.gov.br/servicos/cprac/>

³² <https://leisestaduais.com.br/pa/lei-complementar-n-121-2019-para-cria-a-camara-de-negociacao-conciliacao-mediacao-e-arbitragem-da-administracao-publica-estadual-institui-medidas-para-a-reducao-da-litigiosidade-administrativa-e-perante-o-poder-judiciario-e-altera-a-lei-complementar-no-41-de-29-de-agosto-de-2002>

³³ <https://agenciapara.com.br/noticia/26046/camara-de-conciliacao-da-pge-chega-a-dois-mil-acordos-homologados>

³⁴ <http://apmp.org.br/legislacao/Lei-Org%C3%A2nica-do-MPPB.pdf>

³⁵ <https://www.mppb.mp.br/index.php/home/orgaos-auxiliares/camara-de-mediacao?showall=&start=1>

³⁶ <https://leisestaduais.com.br/pr/decreto-n-8473-2021-parana-cria-na-estrutura-organizacional-da-procuradoria-geral-do-estado-a-camara-administrativa-de-solucao-de-conflitos-da-procuradoria-geral-do-estado-e-acresce-dispositivos-ao-anexo-do-decreto-no-2-709-de-26-de-junho-de-2019>

³⁷ <https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Decreto-cria-camara-de-prevencao-e-solucao-de-conflitos-da-Procuradoria-Geral-do-Estado>

PE	Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação da Administração Pública Estadual (CNCM) (LC 417/2019 ³⁸ + Decreto estadual 48.505/2020 ³⁹)	SIM ⁴⁰	Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (Resolução 6/2019 DPE-PE) ⁴¹	SIM ⁴²
PI	Não há	N/A	Câmara Permanente de Resolução Consensual de Demandas em Saúde do Estado do Piauí (CâmaraSUS) (Decreto estadual 17.747/2018 - Não encontrado)	SIM ⁴³
RJ	Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC) (Decreto Estadual nº 46.522/2018 ⁴⁴ + Lei 9.629/2022) ⁴⁵	SIM ⁴⁶	Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) (Convênio de Cooperação n.º003/504/2012) ⁴⁷	SIM ⁴⁸
RN	Não há	N/A	Não há	N/A
RS	Câmara Administrativa de Conciliação e Mediação (Lei Estadual nº 14.794/2015) ⁴⁹	SIM ⁵⁰	Não há.	N/A
RO	Não há.	N/A	Não há.	N/A
RR	Não há.	N/A	Câmaras de Conciliação da Saúde (Res. 21/19 - TJRR) ⁵¹	SIM ⁵²
SC	Câmara Administrativa de Gestão e Solução de Conflitos (LC 780/2021) ⁵³	SIM ⁵⁴	Não há.	N/A
SP	Câmara de Conciliação da Administração Estadual - CCAE (LC 1.270/2015) ⁵⁵	Não	Não há.	N/A
SE	Não há.	N/A	Não há.	N/A
TO	Não há.	N/A	Não há.	N/A

³⁸ <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=2&numero=417&complemento=0&ano=2019&tipo=&url=>

³⁹ <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=6&numero=48505&complemento=0&ano=2020&tipo=&url=>

⁴⁰ <https://www.mppe.mp.br/mppe/comunicacao/noticias/15667-mppe-e-governo-do-estado-instalam-primeira-camara-de-prevencao-e-resolucao-de-conflitos>

⁴¹ <https://www.defensoria.pe.def.br/wp-content/uploads/resolucoes/2019/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2006,%20de%2006%20de%20setembro%20de%202019%20-%20Disp%C3%B5e%20acerca%20da%20Cria%C3%A7%C3%A3o%20e%20Funcionamento%20da%20C%C3%A2mara%20de%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Lit%C3%ADgios%20de%20Sa%C3%BAde%20CRLS%20da%20Defensoria%20P%C3%ABlica%20do%20Estado%20de%20Pernambuco%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.PDF>

⁴² <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/09/17/tipe-e-defensoria-publica-oferecem-resolucao-de-conflitos-na-area-de-saude-sem-precisar-de-processo-na-justica.ghtml>

⁴³ <http://www.saude.pi.gov.br/noticias/2018-05-23/8722/saude-tera-camara-tecnica-para-diminuir-judicializacao.html>

⁴⁴ <https://biblioteca.pge.rj.gov.br/bnportal/pt-BR/search/101664?exp=%22Gratificac%C3%A7%C3%A3o%22%2Fassunto>

⁴⁵ http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notas/default.asp?id=53&url=L2NvbnsZWkubnNmL2M4YWEwOTAwMDI1ZmVlZjYwMzI1NjRlYzAwNjBkZmZmLzNhODYxYjI4ZWU5YmRlOTYwMzI1ODgxYjAwN2M1MjJhP09wZW5Eb2N1bWVudA==

⁴⁶ <https://pge.rj.gov.br/mais-consenso>

⁴⁷ <http://www.fundacaosaude.rj.gov.br/fidelidade/wp-content/uploads/2015/07/17-Anexo-XVII-Termo-de-Coopera%C3%A7%C3%A3o-CRLS.pdf>

⁴⁸ <https://pge.rj.gov.br/mais-consenso/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>

⁴⁹ <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n%C2%BA%2014.794.pdf>

⁵⁰ <https://www.defensoria.rs.def.br/defensoria-publica-do-estado-do-rio-grande-do-sul-da-inicio-a-camara-de-conciliacao>

⁵¹ <https://www.tjrr.jus.br/legislacao/index.php/download-diversos/category/333-2019?download=4400%3Aresolucao-n-21-de-17-de-maio-de-2019&start=20>

⁵² <https://www.tjrr.jus.br/index.php/noticias/3915-tribunal-de-justica-cria-camara-de-conciliacao-da-saude>

⁵³ http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2021/780_2021_lei_complementar.html

⁵⁴ <https://www.pge.sc.gov.br/camara-administrativa-de-gestao-e-solucao-de-conflitos/>

⁵⁵ <http://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/lei-orgnica-pge-revista-e-atualizacao-1082-08-1.pdf>