

RECEBIDO EM: 22/03/2022

APROVADO EM: 14/09/2022

# **A AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

*SELF-COMPOSITION IN PUBLIC ADMINISTRATION FROM THE PERSPECTIVE  
OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

*Juliana Ribeiro Goulart<sup>1</sup>*

*Lyza Anzanello de Azevedo<sup>2</sup>*

*Luiz Henrique Urqhart Cademartori<sup>3</sup>*

- <sup>1</sup> Doutoranda e Mestra em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Especialista em Direito Processual pelo CESUSC (2008). Assistente Jurídica da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, tendo experiência na Câmara de Solução e gestão de Conflitos - CASC/PGE/SC. É Presidente da Comissão de Conciliação e Mediação da OAB/SC. Professora da disciplina Preparação à Prova Oral na ESMESC. Professora universitária na Faculdade Cesusc.
- <sup>2</sup> Doutoranda e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) na área de Direito, Estado e Sociedade. Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Membro do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Conhecimento (CEJEGD) da Universidade Federal de Santa Catarina e do Grupo de Estudos em Direito e Economia (GEDE) da Universidade de Brasília. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.
- <sup>3</sup> Pós-doutorado pela Universidade de Granada - Espanha. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Atua como Coordenador do Curso de Direito da UFSC e como Consultor na área de Direito Administrativo.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O marco legal da autocomposição na Administração Pública. 2. A Análise Econômica do Direito e os meios consensuais. 3. A eficiência como princípio comum da Administração Pública e da Análise Econômica do Direito. 3.1 Desdobramentos do princípio constitucional da eficiência no contexto dos meios consensuais. 3.2. Desdobramentos da eficiência em termos econômicos no contexto dos meios consensuais. 4. Meios consensuais de solução de conflitos como catalisadores da eficiência. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo pretende discutir se a Análise Econômica do Direito pode auxiliar a Administração Pública a diagnosticar casos a serem resolvidos pela via da consensualidade e como isso pode viabilizar a eficiência como fim a ser alcançado pelo Estado. A pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica, realizada mediante a consulta de material científico interdisciplinar (direito e economia). As evidências apontam que saídas autocompositivas podem aumentar os ganhos de eficiência para a Administração Pública. Para tanto, é necessário incentivar uma mudança de mentalidade em âmbito administrativo, em especial para o uso de fórmulas que privilegiam o diálogo na resolução dos conflitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autocomposição. Mediação. Meios consensuais. Eficiência. Administração Pública. Análise Econômica do Direito.

**ABSTRACT:** This article aims to discuss whether the Economic Analysis of Law can help the Public Administration to diagnose cases to be solved by consensus and how this can make efficiency viable as an end to be achieved by the State. The research used as methodology predominantly a bibliographic review, carried out by consulting interdisciplinary scientific material (law and economics). The evidence points out that self-compositive solutions can increase efficiency gains for the State. Therefore, it is necessary to encourage a new change of mentality in the administrative sphere, especially for the sense of cooperation, in which people, groups and companies are the protagonists in the composition of their conflicts when divergences occur with the public management.

**KEYWORDS:** Self-Composition. Mediation. Consensual Means. Efficiency. Public Administration. Economic Analysis of Law.

## **INTRODUÇÃO**

Quando o tema é autocomposição na Administração Pública é necessário contextualizar que a Administração Pública é um dos maiores litigantes do sistema de justiça. Trata-se de um diagnóstico importante que traz à tona a preferência do Poder Público pela cultura do litígio, o que pode ter contribuído para o contexto de crise que temos vivenciado no Poder Judiciário.

Com base nessas evidências, o presente artigo pretende discutir se a Análise Econômica do Direito pode ajudar a Administração Pública a diagnosticar casos a serem resolvidos pela via do consenso e como isso pode viabilizar a eficiência como fim a ser alcançado pelo Estado.

Aludida análise está pautada no fato de que através do uso do instrumental analítico da Economia torna-se possível indicar soluções com tendências probabilísticas passíveis de dissipar os conflitos ao mesmo tempo em que se consegue satisfazer as necessidades das partes.

Assim, o texto tem início com a contextualização da autocomposição na Administração Pública, passando pelo estudo dos meios consensuais de resolução dos litígios conflitos pela perspectiva da Análise Econômica do Direito, para, após o aprofundamento dos conceitos de eficiência, estabelecer a autocomposição como meio mais democrático e eficiente para a resolução dos conflitos, em especial aqueles que envolvem a Administração Pública.

A fim de alcançar referidos objetivos, a pesquisa utilizou como metodologia predominantemente a revisão bibliográfica, realizada mediante a consulta de material científico interdisciplinar (direito e economia).

### **1. O MARCO LEGAL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Os conflitos são inevitáveis, “eles estruturam as relações sociais e atuam enquanto propulsores de mudanças. A sua gestão adequada confere benefícios à sociedade, enquanto a má administração dos problemas pode acarretar prejuízos” (SPENGLER; WRASSE, 2017, p. 89).

À luz dos valores democráticos vigentes na Constituição de 1988, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei nº 13.140/2015, marco legal da mediação no Brasil e o Código de Processo Civil de 2015 abriram caminho para que os entes públicos se ajustassem no tocante à

forma de administrarem os conflitos, sendo eles também destinatários das referidas normas.

Com o marco legal da mediação, que instituiu a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, surge um enorme desafio: criar câmaras administrativas de solução de conflitos, diagnosticar os casos para utilizar os meios consensuais, criar os meios materiais para sua implementação (parâmetros previamente estabelecidos em lei e normativas administrativas, estabelecer as autoridades responsáveis pela análise de risco e custo-benefício da escolha autocompositiva, realizar o treinamento de pessoal, e definir como será elaborado o quadro de mediadores, entre outros).

Juarez Freitas aponta que as recentes reformas normativas, especialmente as advindas com o Código de Processo Civil de 2015, favorecem uma mudança de mentalidade na seara administrativa, de litigante para consensual, incentivando a utilização dos meios consensuais, a exemplo da mediação (FREITAS, 2017, p. 34-35).

Essa proposta de utilização dos meios consensuais como um dos gêneros<sup>4</sup> da consensualidade na Administração Pública, exige uma postura da advocacia pública conformada com os meios atuais de resolução de conflitos envolvendo o Poder Público. Trata-se de uma atuação condizente com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988, bem como com os princípios que regem a Administração Pública, notadamente o da eficiência. Dessa forma, além da contribuição com o manejo adequado do Poder Judiciário, a advocacia pública volta a sua atenção à concretização dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas do Estado de Direito, tornando melhor a relação da Administração com o administrado (EIDT, 2015, p. 70-71).

Juntamente com a atuação preventiva, realizada por meio das consultorias, as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos uma vez viabilizadas, passam a promover a cultura do diálogo entre cidadão e Poder Público. Para tanto, os controles “preventivos, concomitantes e sucessivos” (EIDT, 2015, p. 70-71) precisam se conformar com a atuação pela via dos institutos consensuais, como uma prática

---

4 Moreira Neto define que a consensualidade se abre em três gêneros na Administração Pública: a) no processo decisório, como, por exemplo, no referendo e na audiência pública; b) na fase executiva, como, por exemplo, nos contratos de parceria e convênios e c) na solução dos conflitos, como, por exemplo, por meio da mediação, (MOREIRA NETO, 2003, p. 147).

autorizada por lei e condizente com os princípios constitucionais da Administração Pública.

Para Juarez Freitas, “dentro de limites, a negociação, a conciliação e a mediação são ferramentas cooperativas que, bem manejadas, evitam enormes danos, materiais e imateriais, oriundos de disputas mal resolvidas” (2017, p. 34-35). Importante destacar que a lei que trata sobre a autocomposição deixou a cargo do gestor a avaliação sobre quais os conflitos serão tratados pela via consensual. Sendo, portanto, atribuição de cada ente, estabelecer as diretrizes que vão pautar a atuação da advocacia pública consensual.

Luciana Moessa de Souza defende que a primeira etapa para se avaliar se um caso é de resolução consensual de conflitos na Administração Pública é a análise do risco. Para ela, deve ser realizado um exame abrangente dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados por cada cidadão, empresa ou entidade, ao questionarem um determinado ato ou direito. Se a algum deles assistir razão, a medida mais econômica é atender o pleito, com o reconhecimento total ou parcial da procedência do pedido. Contudo, não tendo a causa fundamento fático e/ou jurídico, a alternativa será contestar a ação, protegendo-se o interesse público. Já quando se verificar que existe algum grau de probabilidade de que o autor tenha razão, mas não exista certeza fática e/ou jurídica, aí residiria espaço para a utilização dos meios consensuais (SOUZA, 2016, p. 216). Ou seja, reconhecer os interesses subjetivos dos particulares não significa impor prejuízos ao interesse público.

A Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 32 afirma que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Entretanto, a Lei de Mediação, não inclui na competência das referidas câmaras as controvérsias que somente possam ser solucionadas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo. Assim, se a providência depender de autorização do legislador, não será possível que a questão seja encaminhada à câmara, porque o acordo exige concordância de um Poder independente, conforme o art. 2º da Constituição Federal de 1988. (FAGÚNDEZ; GOULART, p. 157).

A criação das câmaras permite ao cidadão ter a oportunidade de compor a disputa sem ter que necessariamente ingressar com uma demanda no Judiciário. As câmaras de mediação e conciliação, uma vez criadas, abrem espaço para a construção de ambientes propícios para o diálogo, que

funcionam dentro dos órgãos da Advocacia Pública. Portanto, a criação das câmaras tem um significado simbólico: o de interromper a lógica da cultura de hostilidade<sup>5</sup> no tratamento dos conflitos entre Administração Pública e administrados e promover fórmulas dialógicas.

Trata-se de um passo importante na mudança da cultura de tratamento dos conflitos, uma vez que o modelo competitivo representado pelo processo judicial nos trouxe uma série de consequências, como colocar o cidadão em situação de invisibilidade. Na lógica do tratamento dos conflitos administrativos pela via adjudicada, o cidadão passa a ser percebido somente quando ingressa com uma ação na justiça. Ainda assim, dificilmente será escutado ou terá seu problema resolvido. No momento em que ingressa com a demanda, sua situação administrativa passa a ser analisada, mas isso não significa viabilizar o seu direito material. Passar da invisibilidade à visibilidade pressupõe uma série de ajustes que permitirão que os cidadãos recuperem sua voz, sejam vistos como sujeito de direitos que possuem vínculos permanentes com o Estado e sejam efetivamente escutados.

Warat lembra que “ser cidadão é ter voz, poder opinar e poder decidir por si mesmo” (2004, p. 111). Ou seja, quem não participa não existe como cidadão, pois é necessário aprender a mediar as próprias relações para poder participar da coisa pública (2004, p. 124).

Portanto, convém romper, em definitivo, com a visão deturpada de que a questão da Justiça está sujeita apenas a um dos Poderes do Estado: o Judiciário. Resolver conflitos administrativos já é uma realidade para a Administração Pública, que merece permanente reflexão e reajuste, tendo como ações e metas a busca pela eficiência.

## **2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E OS MEIOS CONSENSUAIS**

A Análise Econômica do Direito é a aplicação racional dos princípios e métodos, ou seja, do instrumental analítico e empírico econômico ao estudo das normas, instituições e agentes vinculados ao ordenamento jurídico, sendo dividido em diversas escolas de pensamento como a Escola de Chicago, o enfoque Neoinstitucional e a Escola das Escolhas Públicas que partilham do mesmo objetivo: a alocação eficiente dos recursos.

---

5 Termo utilizado por Juarez Freitas para se referir à Administração Pública adversarial, pautada no litígio (2017, p. 27).

O propósito comum de todas as correntes teóricas da Análise Econômica do Direito está na alocação eficiente de recursos, ao passo que a divergência entre essas escolas consiste na aplicação dos princípios econômicos ao estudo do Direito, com destaque para o conceito diverso de eficiência que se estende da otimização da riqueza à maximização da felicidade.

Nesse aspecto, tem-se que a importância da utilização da Economia para o Direito está no fato de que por meio do raciocínio econômico o legislador pode prever aquilo que o mercado ou o homem racional<sup>6</sup> irá fazer, além de ser possível predizer os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência (COOTER e ULLEN, 2010). Fatores de extrema relevância ao se considerar que dentro do Estado há uma receita pública limitada em oposição a necessidades sociais ilimitadas, isto é, é essencial que os gestores sejam extremamente criteriosos na escolha da alocação dos recursos públicos, como destaca o Ivo Gico Jr. (2019, p. 27):

Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i. e., eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.

No âmbito do processo civil a Análise Econômica do Direito se perfaz em uma ferramenta que auxilia a investigar o comportamento dos envolvidos no jogo processual, na busca por uma teoria positiva de como os agentes se comportam, diferenciando-se, desse modo, da teoria puramente normativa (GICO JR., 2020), auxiliando a “ponderar os interesses conflitantes e aí buscar um nível mais realista de resolução de conflitos” (MACHADO e DIAS, 2019).

Os litígios, em especial, são interpretados por parte dos estudiosos da Análise Econômica do Direito como um desperdício de riqueza, pois o fato de não a produzir significa ineficiência, conforme explicam Porto e Garoupa: “Quem litiga não esta produzindo bens e serviços mas, sim,

---

6 “Considera-se que os players agem racional e estrategicamente, pautando suas condutas de acordo com as possíveis consequências de suas escolhas (pragmatismo e consequencialismo)” (TIMM, 2019, p. 5).

brigando pela distribuição de uma riqueza anteriormente produzida” (2020, p. 303-304).

Além do aspecto econômico, propor uma ação judicial implica, como analisado por Yeung (2020), submeter-se aos fatores que impactam diretamente nas decisões judiciais como a forma que os juízes interpretam a lei, pautados em preceitos internos, como gênero, raça e ideologia; e externos, a exemplo das pressões da opinião pública.

Todos estes elementos estão, ainda, inseridos no denominado quadro trágico no qual está imerso o judiciário brasileiro, composto de um “(i) número excessivo de processos (litigância desenfreada); (ii) manejo excessivo de recursos; (iii) esgotamento das cortes superiores; (iv) baixas taxas de autocomposição; (v) ine-fetividade da execução; (vi) litigância habitual; (vii) ausência de uniformidade e coerência jurisprudencial” (WOLKART, 2018, p. 211).

De outro norte, há forte crítica ao uso da autocomposição, diante da ineficiência dos acordos, uma vez que seus termos podem ser reflexo da desigualdade entre as partes, que beneficiaria sempre o lado mais poderoso em detrimento da parte contrária.

Como demonstra Fux a escolha entre litigar ou realizar um acordo, vai além das razões culturais, mas está pautada no reconhecimento de que a autocomposição é a estratégia mais vantajosa, através da análise de “fatores como a instabilidade da jurisprudência e a má configuração do sistema de despesas processuais são determinantes para um cenário de baixo índice de autocomposição”<sup>7</sup> (2020, p. 54).

Referido doutrinador elenca políticas para solucionar ineficiências na negociação de acordos, as quais já foram implementadas com sucesso por outras nações, tais com: compartilhamento obrigatório de provas; a regra da oferta de acordo (*offer-of-settlement*); o papel das regras de direito material; e a própria interligação entre a economia comportamental e a frustração na realização de acordos.

No que diz respeito à Administração Pública, discute-se também o dimensionamento de custos para justificar a alocação de recursos para o oferecimento dos métodos de resolução de conflitos, que não passa apenas

---

7 Da máxima de Cooter e Schäfer: “Um judiciário estatal ineficaz transforma transações em relacionamentos de longo prazo e longe das melhores oportunidades” (2017, p. 114).

pela parametrização e instrumentalização do sistema, mas também analisa ganhos consequenciais do seu emprego, perquirindo, os ganhos atinentes à pacificação social (SALVO, 2018, p. 74).

Nesse aspecto, tem-se que historicamente, principalmente em decorrência das execuções fiscais, os setores públicos municipais, estaduais e federais estão entre os maiores litigantes do país, representando, na última análise publicada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2011 sobre os 100 Maiores Litigantes, 51% deste índice. Aliás, embora referida análise não seja mais anualmente divulgado, no relatório Justiça em Números de 2020 as execuções fiscais seguem sendo apontadas como “principal fator de morosidade do Poder Judiciário” (CNJ, 2020, p. 155)<sup>8</sup>. Nos dizeres de Jéssica Gonçalves, mencionada conduta ocorre porque:

A litigância habitual é fruto da percepção econômica do benefício que os agentes (grandes empresas e o Poder Público) possuem em litigar x o baixo custo e a falta de caráter pedagógico nas condenações. Sem desestímulo a conduta ilícita, o litigante de comportamento estrategista vê-se recompensado a ajuizar ou permanecer acionando abusivamente o Poder Judiciário sob custo do erário (GONÇALVES, 2016, p. 194).

No mesmo sentido, pontua Julio Cesar Marcelino Jr., ao falar sobre o Estado como litigante habitual:

São milhares de ações propostas contra o poder público, em caráter repetitivo destacando-se aquelas questões funcionais, envolvendo servidores públicos. Em muitos casos em que ações coletivas poderiam resolver a situação, inúmeras ações individuais são manejadas (2016, p. 193).

Estes dados demonstram quão necessária é a adequação do uso dos meios alternativos de resolução dos conflitos pelos entes públicos, não apenas em prol da economicidade do erário público, mas em benefício de todo sistema judicial. Nesse ponto, a resolução de conflitos por meios consensuais é um modo de reduzir os custos diretos e indiretos gerados pelas demandas judiciais, porquanto referidas práticas têm papel essencial na otimização do Poder Judiciário, deixando que este se ocupe das questões

---

8 “Os processos de execução fiscal representam 39% do total de casos pendentes e 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,1 pontos percentuais, passando de 68,5% para 60,4% em 2019”. (CNJ, 2020, p. 155).

privativas e complexas e preferindo que os demais temas sigam o caminho dos compromissos do tipo ganha-ganha (FREITAS, 2017, p. 31-34).

A Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 32, e o Código de Processo Civil, em seu artigo 174, quando mencionam as câmaras administrativas representam um papel central nesta mudança de paradigma a ser adotado pela Administração Pública em suas demandas, contudo referidas alterações dentro de uma cultura enraizada nos processos judiciais tende a ser lenta e gradual.

Sobre o tema, aliás, o relatório Justiça em números de 2020 do CNJ frisa que o aumento do número de processos solucionados, em decorrência da obrigatoriedade de conciliação prévia pelo Poder Judiciário, é um ótimo indicativo de que pequenas atitudes do governo fazem total diferença na solução mais célere e eficiente das ações:

A litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação, incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, ainda apresenta lenta evolução. Em 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese a disposição do novo Código de Processo Civil (CPC), que, em vigor desde 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Conforme registrado no presente Relatório, aproximadamente 31,5% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados.

Por fim, não se pode olvidar que: “o acordo é, no geral das vezes, a mais democrática e satisfatória das soluções” (FREITAS, 2017, p. 42), não apenas pelas questões econômicas, mas essencialmente pelos fatores de satisfação dos litigantes, porquanto por vezes o resultado das demandas judiciais não satisfaz a ambas as partes.

### **3. A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO COMUM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

A partir da Emenda Constitucional n. 19 de 1998 a eficiência passa a ser um dos princípios norteadores da Administração Pública, motivo pelo qual merece especial atenção, sendo explicado em dois momentos.

No primeiro, abordam-se os desdobramentos da eficiência no contexto dos meios consensuais, para, em um segundo momento, explicar suas definições econômicas aplicadas à Análise Econômica do Direito.

### **3.1. DESDOBRAMENTOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NO CONTEXTO DOS MEIOS CONSENSUAIS**

O princípio da eficiência, inserido na Constituição Federal de 1988, é um dos pilares da Administração Pública. Trata-se de um imperativo que suscita um padrão de comportamento ativo de administradores e servidores e que norteia toda a atividade administrativa. Há que se compreender seus desdobramentos, para que não se crie a falsa ideia de que eficiência signifique apenas maximizar recursos e resultados.

O conceito de eficiência é discutido na doutrina e na jurisprudência, não havendo um consenso acerca de seu conteúdo, em razão do seu significado polissêmico e indeterminado (DADALTO, 2018, p. 110). Segundo Themis Limberger e Edson Luís Kossmann, o Estado precisa ser eficiente para atender as demandas que a Constituição lhe impôs e que se encontram materialmente desatendidas (2016, p. 288). Nesse sentido, a eficiência diz respeito também a uma mudança de mentalidade de gestores públicos, com quem podem incentivar a consensualidade na busca da satisfação dos interesses da coletividade, com vistas a alcançar melhores resultados e não necessariamente economia de recursos.

Portanto, quando falamos em eficiência não estamos falando apenas em maximização de resultados e economicidade. A eficiência, no contexto dos meios consensuais, ganha novos contornos: de preservar o relacionamento entre Estado e cidadão que é construído cotidianamente em prol de uma gestão democrática com disponibilização de diversos métodos para solução de conflitos.

Nesse contexto, investir nos meios consensuais é um dever do Estado (CUNHA, 2020, p. 634). Com a lei de mediação a autocomposição passa a ser mais uma prerrogativa à disposição do gestor público. No âmbito das licitações, a Administração tem como escopo selecionar a proposta mais vantajosa, por exemplo. E para alcançar a proposta mais vantajosa, deve a administração fazer uso da negociação para obter o menor preço final, maximizando-se o interesse público por meio das prerrogativas conferidas por lei ao gestor público.

Outro ponto importante é a preservação do relacionamento entre as partes, ou seja, entre o cidadão e o Estado. A gestão pela via única do processo não é eficiente, pois é um modelo maximizador da hostilidade. Resolver conflitos pela via única do processo é um modelo já ultrapassado,

opressor e que não incentiva a autonomia do cidadão, pois não permite que ele tenha escolhas.

Como se está diante de um relacionamento que se protraí no tempo (cidadão e Estado), os meios autocompositivos se conformam com a eficiência. Trata-se de uma relação que precisa perceber o conflito em sua dimensão democrática, como oportunidade de criação de novas vias de acesso à justiça. Registre-se que o CPC/2015 traz esse parâmetro em seu art. 165, parágrafo § 3º:

O mediador, 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 mútuo.

Com a autocomposição tem-se a gestão democrática dos conflitos. Há uma mudança de lógica que não utiliza o Poder Judiciário como administrador das dívidas do Estado, por exemplo, protelando o pagamento de certas obrigações. Nesse contexto, a Administração recupera o poder de decisão para dirimir conflitos, passando a refletir esta atuação na recuperação do Poder Judiciário do contexto de crise, ou seja, a opção do gestor público contribui para a eficiência daquele poder. Ademais, resolver tudo pela via do processo em certo ponto é imoral, pois faz o Estado pagar mais no final, contrariando o princípio da eficiência.

O modelo autocompositivo, por outro lado, incentiva uma atuação menos burocrática, e mais autônoma dos administradores, na medida em que ajuda a aprender o cultivo do diálogo e do aprendizado que ele é capaz de promover. Segundo Warat, tal postura evita que em lugar do homem autônomo prevaleça o homem automático: “homens que transitam de modelo em modelo para pensar e agir com ideias clonadas” (2004, p. 47).

Assim, os meios autocompositivos podem proporcionar uma relação menos custosa, que colabora para a participação dos interessados na solução dos conflitos, fazendo com que a Administração Pública deixe de pautar suas condutas em fórmulas majoritariamente unilaterais e impositivas.

### **3.2. DESDOBRAMENTOS DA EFICIÊNCIA EM TERMOS ECONÔMICOS NO CONTEXTO DOS MEIOS CONSENSUAIS**

De outro norte, no que concerne a eficiência em termos econômicos, tem-se que esta pode ser descrita de muitas maneiras, dependendo do

autor utilizado, destacando se aqui as principais vertentes simplificadas nas definições de Vilfredo Pareto e Kaldor-Hicks.

Segundo o critério de Pareto, a distribuição de recursos é eficiente quando nenhum indivíduo pode melhorar sua situação sem piorar a de outro. Esse equilíbrio da distribuição é conhecido como Ótimo de Pareto. Já o critério de Kaldor-Kicks considerava que no mundo real existiam sempre ganhadores e perdedores, assim a eficiência potencial de Kaldor-Kicks estava nas situações nas quais a melhora dos ganhadores superava o prejuízo dos perdedores.

Em oposição a estes autores tradicionais, James Buchanan afirma que a eficiência decorre do consentimento livre, com base em acordos constitucionais, institucionais e normativos. Richard Posner, ao seu modo, igualmente altera o enfoque clássico ao afirmar que a eficiência estaria na maximização da relação entre o valor da exploração dos recursos econômicos e a satisfação pelo pagamento destes bens.

Não obstante, partindo de pensamentos opostos aos concebidos tradicionalmente pelo Direito, mas que ao final se convergem, temos a visão pragmática mais atual de parcela dos estudiosos da Análise Econômica do Direito, os quais consideram que os litígios de um modo geral seriam tratados de modo ineficiente. Isso porque quem litiga não está produzindo bens e serviços, mas brigando pela distribuição de riquezas anteriormente produzidas. Em síntese, significa considerar que os litigantes estão desperdiçando não somente dinheiro, mas também esforços e oportunidades (PORTO e GAROUPA, 2020).

Eficiência, neste contexto, trata-se da “redução do desperdício de riquezas (redução dos custos) ou em maximização de riqueza. Para se qualificar um ato ou uma decisão como eficiente o que interessa é que os benefícios totais superem os custos totais, ou ao menos que haja o menor desperdício possível” (PORTO e GAROUPA, 2020, p. 303).

Isto é, os custos das partes transcendem aos honorários advocatícios, as custas e emolumentos judiciais, vão além, atingindo o custo de oportunidade, o qual pode ser resumido, conforme Krugman e Wells (2007, p. 140), como aquilo que se abre mão ao realizar determinada escolha em detrimento de outra<sup>9</sup>, os aludidos autores ainda ressaltam: “Quando se trata de tomar decisões, é essencial pensar em termos de

---

9 No mesmo sentido Mankiw (2018, p. 6): “*The opportunity cost of an item what you give up to that item*”.

custo de oportunidade, porque o custo de oportunidade de uma ação é frequentemente muito mais que o simples custo monetário” (KRUGMAN e WELLS, 2007, p. 140)<sup>10</sup>.

Logo, ao optar por uma demanda judicial ao invés de um meio alternativo de resolução de conflitos os litigantes estão abrindo mão das suas autonomias, repassando para terceiro (juiz) o poder de decidir sobre aquela discórdia, ficando adstritos a velha sistemática do perde e ganha do processo judicial, que, coberta pelo manto da ineficiência, muitas vezes se materializa em uma verdadeira insatisfação mútua, na qual não existem efetivos ganhadores.

#### **4. MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO CATALISADORES DA EFICIÊNCIA**

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “no âmbito do Direito Administrativo jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência” (MOREIRA NETO, 2003, p. 154). Nessa esteira, muitos casos podem ser tratados pela via autocompositiva, antes mesmo que batam às portas do Poder Judiciário.

Pela via da negociação, forma de autocomposição direta, por exemplo, é possível negociar para buscar a obtenção de uma proposta mais vantajosa para a Administração Pública. A este respeito já se manifestou o Tribunal de Contas da União, no sentido de ser um poder-dever da Administração o dever do pregoeiro intentar negociação ao final da fase de lances do pregão (BRASIL, TCU, 2014a). De acordo com a corte de contas:

[...] uma vez concedida a prerrogativa legal para adoção de determinado ato, deve a administração adotá-lo, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, até porque tal medida em nada prejudica o procedimento licitatório, apenas ensejando a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para o Poder Público (BRASIL, TCU, 2014)

Para o Tribunal de Contas da União, portanto, “é aplicável, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, a prerrogativa administrativa da negociação em todas as modalidades licitatórias (BRASIL, TCU, 2014b).

---

10 No intuito de tornar mais clara esta definição os doutrinadores citam como exemplo o custo de oportunidade de se cursar mais um ano da universidade, dividindo este custo em explícito (os gastos em dinheiro com matrícula e mensalidades pelo tempo adicional estudando) e implícitos (todos aqueles benefícios que se deve abrir mão para ficar mais um ano estudando como, por exemplo, a renda que se teria obtido se ao invés de permanecer na faculdade estivesse trabalhando) (KRUGMAN e WELLS, 2007, p. 140).

A conciliação é outra opção disponível para resolver disputas na esfera administrativa. Nela, um profissional imparcial (conciliador) auxilia os envolvidos no conflito a encontrarem saídas para suas contendas por meio de sugestões e opiniões. Conforme preceitua o NCPC em seu art. 165, § 2º, o conciliador atua preferencialmente nos casos em que não há vínculo anterior entre as partes e pode sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que elas conciliem. O conciliador é o terceiro que se coloca entre as partes, auxiliando-as, também pode fazer sugestões para que os participantes cheguem ao consenso. Significa dizer que o conciliador tem participação ativa na condução do processo e pode fazer interferências no conflito, não apenas equilibrando as partes, mas propondo ponderações aplicáveis ao caso concreto para que os litigantes, querendo, acolham (GONÇALVES; GOULART, 2018, p. 49). Pode ser tratado pela via da conciliação, por exemplo, os contratos de concessão. A Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), que regulamenta o regime de concessão comum e permissão de serviços públicos, estabelece que o contrato poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas dele decorrentes ou relacionadas, sem exclusão da arbitragem (art.23) (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018, s/p). No mesmo sentido, as parcerias público-privadas também admitem o uso da conciliação, assim como de outros métodos. A Lei nº 11.079/2004, que trata desses contratos (Concessões Patrocinadas e Administrativas), prevê como cláusula a constar do edital os métodos adequados de resolução de conflitos, para administrar as controvérsias decorrentes dos contratos a ela submetidos (CUÉLLAR; MOREIRA, 2018 s/p).

Inserida na Lei nº 13.140/2015 e no Código de Processo Civil, a mediação é um procedimento não adversarial em que um terceiro imparcial (que não decide) denominado mediador, por meio da utilização de determinadas técnicas e habilidades, aproxima e facilita a comunicação interrompida entre dois ou mais indivíduos, com o intuito de que eles próprios busquem saídas proveitosas (acordo, reconciliação, entendimento, entre outras) para seus impasses sem imposições. A mediação pode ser utilizada em diversas áreas da vida, inclusive na Administração Pública. Ela se diferencia das demais formas de tratamento dos conflitos pelo constante diálogo durante as sessões, pois esse procedimento não se preocupa com o conflito em sua dimensão apenas formal (lide processual), mas também em sua estrutura social (lide sociológica) (WARAT, 2004, p. 47).

A lei trouxe a possibilidade de mediação nos casos de desapropriação. A Lei nº 13.867/2019 estabelece que, ao rejeitar a proposta de oferta do poder público, o particular poderá optar pela mediação extrajudicial, indicando

um dos órgãos ou instituições especializadas em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação (podem ser públicos ou privados

Contudo, em se tratando apenas de questão indenizatória sem outros pontos de divergência imbricados no conflito, seria mais recomendável a conciliação, já a mediação deve ser reservada para conflitos complexos, como os que configurem a quebra da confiança entre Estado e cidadão, em razão da mediação trabalhar com técnicas que visam preservar os vínculos que se protraem no tempo.

## **CONCLUSÃO**

Este trabalho teve como propósito explicar de forma objetiva como a adoção de meios consensuais de resolução dos conflitos pelos entes da administração pública pode tornar mais eficiente a resolução das contendas administrativas, principalmente quando os dados quantitativos demonstram que o próprio Poder Público é um dos responsáveis pelo contexto de crise pelo qual passa o Poder Judiciário.

Estes dados demonstram quão necessária é a adequação do uso dos meios não adversariais de resolução dos conflitos pelos entes públicos, não apenas em prol da economicidade do erário, mas em benefício de todo sistema judicial.

A Lei n. 13.140/2015, em seu artigo 32, e o Código de Processo Civil, em seu artigo 174, representam um papel central nesta mudança de paradigma a ser adotado pela Administração Pública na forma como administra controvérsias, contudo referidas alterações dentro de uma cultura jurídica enraizada nos processos judiciais tende a ser lenta e gradual.

Nesse contexto, é possível que um acordo seja a opção mais democrática e satisfatória para os envolvidos em conflitos administrativos, não apenas pelas questões econômicas, mas essencialmente pelos fatores de satisfação dos litigantes, porquanto por vezes o resultado das demandas judiciais não satisfaz as partes.

Por todo o exposto, as evidências trazidas pela perspectiva da Análise Econômica do Direito apontam que saídas autocompositivas podem aumentar os ganhos de eficiência para o Estado. Para tanto, é necessário incentivar uma mudança de mentalidade em âmbito administrativo, para

que a Administração Pública passe a incentivar que pessoas, grupos e empresas possam ser protagonistas na composição dos seus conflitos quando ocorrem divergências com a Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F., 29 jun. 2015. p.1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Representação Acórdão nº 694/2014*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/694%252F2014%2520/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue?uid=4e4dc7b0-3d8f-11eb-bc95-85a66a1b0cfc> . Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Turma). *Representação Acórdão nº 1.401/2014*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/%25201.401%252F2014/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/2/sinonimos%253Dtrue?uid=4d13f2b0-3d90-11eb-8b8b-3b92a7d00b4f> . Acesso em: 13 mar. 2022.

BUCHANAN, J. M. *The demand and supply of public goods*. v. 5. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25-28.

Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2019: ano base 2018*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em 02 mar. 2022

Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2020: ano base 2019*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf> . Acesso em 13 mar. 2022.

COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. O Nó de Salomão: *Como o Direito pode erradicar a pobreza das Nações*. Tradução: Magnum Koury de Figueiro Eltz. 1 ed. Curitiba: CRV, 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução Luisa Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, v. 16, n. 61, jan./mar 2018. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod\\_resource/content/1/cu%C3%A9llar%20e%20leila%3B%20moreira%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%20e%20leila%3B%20moreira%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf)>. Acesso em 13 mar. 2022.

DADALTO, Lucas. Controle judicial da Administração Pública à luz do princípio da eficiência: viabilidade e parâmetros. Dissertação de Mestrado (2018). Belo Horizonte: UFMG, 6 dez. 2018. Disponível em < [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BAMJ8T/1/disserta\\_\\_o\\_lucas\\_dutra\\_dadalto.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BAMJ8T/1/disserta__o_lucas_dutra_dadalto.pdf) > Acesso: em 05 mar. 2022.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

EIDT, Elisa Berton. *Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública*. RPGE, Porto Alegre, v. 36, nº 75, 2015. p.55-7.

FISHER, Roger; URY, William; PANTTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borgers. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994, p. 15.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: Aplicabilidade na administração Pública. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 148-164, jul./dez. 2016.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>>. Acesso em: 01 Set. 2020.

Juliana Ribeiro Goulart  
Lyza Anzanello de Azevedo  
Luiz Henrique Urghart Cademartori

FUX, Luiz. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530991999. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991999/>. Acesso em: 03 out 2022.

GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 1-32.

GONÇALVES, Jéssica. *Acesso à Justiça e Teoria dos Jogos: Da lógica competitiva do processo civil à estratégia cooperativa da medição*. Florianópolis, 2016.

GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. *Mediação de conflitos: teoria e prática*. Florianópolis: Empório Modara, 2018.p. 49.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Tradução Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

Limberger, Têmis; Kossmann, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. RDA – *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set./dez. 2016, p. 288. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66664>>. Acesso: em 05 mar. 2022.

MACHADO, Rafael B.; DIAS, Jean Carlos. *Análise Econômica do Processo*. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 3 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 408.

MANKIW, N. Gregory. *Principles of Microeconomics*. 8 ed. Boston: Cengage Learning, 2018.

MARCELINO JR., Julio Cesar. *Análise Econômica do Acesso à Justiça: A tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Rev. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 231:129-156, Jan/Mar. 2003.

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johanson di. *Mediação na Administração Pública Brasileira: O desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. (Im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a Administração Pública: do conflito à posição do terceiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2017, vol.18(3), p.69-93. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>> Acesso: em 05 mar. 2022.

SOUZA. Luciana Moessa de Souza. *A mediação de conflitos e a Administração*

Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

PORTO, Antônio M.; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 7. ed. Austin-TE, USA: Wolters Kluwer, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Ecologia, psicanálise e mediação*. Luis Alberto Warat (Org.). *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Buenos Aires: Angra, 1998.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

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. 321-342