

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 47 | MAIO / AGOSTO 2022



Newton

CONSENSUALIDADE COMO POLÍTICA PÚBLICA E OS INCENTIVOS À NEGOCIAÇÃO PELO AGENTE PÚBLICO

CONSENSUALITY AS PUBLIC POLICY AND THE INCENTIVES TO NEGOTIATION BY THE PUBLIC AGENT

Silgia Alves Carvalho¹
Daniel Lopes Pires Xavier Torres²

RESUMO: O termo políticas públicas remete a temas como saúde, habitação, saneamento, etc., mas esse termo também pode ser aplicado a outras áreas, como a da consensualidade. Sob a ótica das políticas públicas e fundado na Análise Econômica do Direito, com *insights* da economia comportamental, este artigo busca fomentar o debate acerca das dificuldades encontradas na implementação e na expansão de meios consensuais de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, com foco nos incentivos dos agentes públicos envolvidos no tratamento dos litígios. Com o emprego de metodologia dedutiva, aborda-se a importância de conjugar obrigações e incentivos para induzir o comportamento cooperativo do agente público, fomentando a consensualidade no âmbito da Administração Pública. Avalia-se, portanto, a possibilidade de utilizar técnicas de estímulo e sua pertinência no âmbito estatal.

Palavras-chave: administração pública; agente público; consensualidade; nudge; políticas públicas.

ABSTRACT: The term public policies refers to subjects such as health, housing, sanitation, etc., but this term can also be applied to other areas, such as consensus. From the perspective of public policies, and founded on Economic Analysis of Law, with insights from behavioral economics, the article seeks to foster the debate about the difficulties encountered in the implementation and expansion of consensual means of resolving conflicts within the scope of Public Administration, with focus on the incentives of public agents involved in the handling of disputes. Using hypothetical deductive methodology, the importance of combining obligations and incentives to induce the cooperative behavior of the public agent is addressed, fostering consensus within the scope of Public Administration. Thus, the possibility of using stimulus techniques and their relevance at the state level are evaluated.

Keywords: Public administration; public agente; consensuality; nudge; public policy.

1 Pós-Doutoranda no Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, Portugal. Doutora em Direito pelo PUC-SP. Professora da Universidade Federal de Goiás. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade de Goiás, Brasil. Advogada.

2 Mestrando em Direito e Políticas Pública no Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, Brasil. Advogado. Procurador do Município de São Luís, Maranhão, Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro vive uma contradição: apesar de vinculado à solução consensual e dispor de um sistema jurídico que possibilita tratamento adequado dos conflitos, com institutos e leis promulgadas na história recente, continua a prevalecer no país a “cultura da sentença” e, por esse motivo, os níveis de litigância da Administração Pública são elevados. Nesse sentido, o problema parece consistir em como fazer com que os agentes públicos envolvidos diretamente na gestão dos conflitos, em especial os membros da Advocacia Pública, passem a utilizar efetivamente os meios consensuais, com destaque para a questão dos incentivos e seu impacto no comportamento humano.

Abordando o tema sob a ótica das políticas públicas e fundado na Análise Econômica do Direito, com *insights* da economia comportamental, este artigo tem como objetivo fomentar o debate acerca das dificuldades encontradas na implementação e na expansão de meios consensuais de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública, em particular no que se refere à negociação, sem, contudo, apresentar respostas concretas, mas sim propostas de reflexão.

O trabalho está dividido em quatro partes, além da introdução e da conclusão. Na primeira é realizada uma aproximação conceitual com o termo políticas públicas, correlacionando-o com o princípio da eficiência. Na segunda e na terceira é abordada a necessidade da criação de incentivos para a implementação de uma política pública de consensualidade, como forma de imprimir maior eficiência à solução de litígios, com apresentação de alguns óbices concretos. Na quarta é feito um exame crítico sobre a estimulação de comportamentos e sua aplicabilidade à Administração Pública, com indicação de vantagens e limitações.

Em termos metodológicos, parte-se de abordagem qualitativa, apoiada em revisão da literatura, com uso do método dedutivo.

2 POLÍTICA PÚBLICA: UMA APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

O tema das políticas públicas e, com ele, as instituições e as regras que regem sua aplicação têm ganhado destaque nas últimas duas décadas³. Isso ocorre por vários motivos. Como ensina o autor, um deles é a percepção de que não basta a Constituição Federal dispor sobre um extenso rol de direitos sociais e instrumentos para a sua realização, pois a sua concretização exige uma atuação eficaz dos poderes e órgãos do Estado, além de um trabalho eficiente por parte do governo.

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

O termo “política” pode ser compreendido a partir de três dimensões: *polity*, que se refere a aspectos estruturantes da política institucional, como os sistemas de governo, estrutura e funcionamento dos Poderes, aparato burocrático, os quais estão conformados pelo arcabouço constitucional; *politics*, que abrange a dimensão dos processos que compõem a

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

dinâmica da política e a competição pelo poder, marcada por cooperação e conflitos, jogos de interesse, relação entre os poderes e atuação de outras forças políticas; e *policy*, que abrange os conteúdos concretos da política, a política pública (“Estado em ação”), resultado das dimensões institucional e processual⁴.

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

Abrangendo uma diversidade de áreas, as políticas públicas estão onde o Estado está. Mas, afinal, o que são políticas públicas? Como defini-las? De acordo com Smanio⁵, vários autores se debruçaram sobre esse conceito, ora apontando tratar-se de atividade, ora como norma-objetivo, ou outras categorias jurídicas⁶.

Apesar disso, como ressalta Bucci, política pública, na realidade, é um termo polissêmico, sem conceituação definida, e deve ser considerado como todo programa de ação estatal voltado ao atingimento de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados⁷. Socialmente relevantes porque o Estado passa a ser entendido como um provedor ou indutor, e politicamente determinados porque têm assento na Política e não decorre exclusivamente do Direito.

Em escritos mais recentes, com fundamento em Charles Albert Morand, Bucci defende a adoção de uma nova racionalidade, um renovado modo de agir do Estado, o qual se efetiva através de direito e políticas públicas. Logo, “[...] o direito das políticas públicas não representa uma degradação do modelo de direito moderno, mas a irrupção de uma nova figura da racionalidade jurídica na qual o direito está inteiramente fundado no imperativo da eficácia”⁸.

Para Bucci:

A abordagem DPP tem uma vocação aplicada, voltada à tradução do instrumentalismo em proposições juridicamente bem formuladas e adequadamente fundamentadas, com aptidão para a análise de problemas de concretos e contribuição para as soluções. Seu propósito é colaborar com a construção institucional do Estado brasileiro, na perspectiva democrática e da realização dos direitos fundamentais.⁹

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

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

5 Segundo explica o autor, Fábio Konder Comparato, por exemplo, define políticas públicas “como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, ao passo que Eros Grau o faz como normas que não definem nem a conduta, nem a organização, mas que fixam resultados concretos para serem alcançados.

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

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

8 MORAND, Charles-Albert. *Le droit neo moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999, p. 189 *apud* BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 807.

9 BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 816.

Essa breve resenha demonstra o ganho proporcionado pelo inventário e entendimento dessas inovações jurídicas, se se pretende uma compreensão aprofundada do que caracteriza a nova racionalidade jurídica setorizada das políticas públicas. Aí pode estar uma chave metodológica para o entendimento das estruturas e da dinâmica do “Estado neo-moderno”, em que, segundo Morand, as diferentes formas estatais e suas expressões jurídicas, a propulsão, a negociação e a indução, não se sucedem, mas coexistem, como camadas geológicas comprimidas e mescladas¹⁰.

Para Moreira Neto, o termo políticas públicas expressa um fenômeno juspolítico híbrido, categorizado como um complexo normativo diferenciado em que coparticipam duas naturezas: a de ato administrativo e a de ato legislativo¹¹. De rigorosa linhagem constitucional, a política pública foi alçada categoricamente à instituição de Direito Público¹².

Na realidade, da mesma forma que o conceito de democracia se modificou ao longo do tempo, deve-se formatar uma nova definição para políticas públicas:

[...] do mesmo modo que se afirmou quanto ao paradigma democrático, o conceito contemporâneo de *políticas públicas* tampouco poderá ser o mesmo que prevaleceu ao longo da modernidade, impondo-se hoje uma nova expressão juspolítica própria da pós-modernidade, que privilegie os direitos fundamentais e contribua eficazmente para a sua plena realização.¹³

Nesse contexto, o controle passa do exame tradicional de legalidade estrita, adstrito ao ato administrativo (imperativo e unilateral), que perpassa elemento por elemento, para abranger um complexo de atos que conforma um processo administrativo (participativo, plural) e suas várias facetas¹⁴. Assim, o exame do controle passa a se apoiar numa dimensão finalística inédita¹⁵:

Mas a mudança de paradigmas está em vias de superar em seus resultados a partir de uma nova categorização jurídica das *políticas públicas*, como um complexo de processos, que, partindo da *formulação* de atividades coerentes finalisticamente vinculadas, passam pelo *planejamento*, *orçamentação* e chegam à *execução* dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado.¹⁶

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

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

10 BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 809.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 32.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 101.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 91

15 “Na dogmática clássica, a característica jurídica da *eficácia* dos atos do poder público não continha em si qualquer apreciação quanto ao resultado concreto da ação, mas, apenas, a de sua *aptidão* para produzi-lo em abstrato”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 171.)

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 91-92.

pelo do *processo administrativo*, até alcançar, neste século, o desafio do que se caracteriza como o *complexo processual político administrativo das políticas públicas*.¹⁷ (destaques no original).

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

Também observável e de modo muito especial, nesse processo de definição jurídica do interesse público sobressai a introdução do resultado da ação administrativa como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da eficácia à eficiência, e desta, à efetividade.¹⁸

A política pública, portanto, não é mais decorrência exclusiva do Poder Legislativo, nem este tem a proeminência sobre ela. A concepção de Estado Liberal, fundada na soberania da lei e na ideia de sucessão de atos no tempo em que o Legislativo edita uma lei e o Executivo a cumpre, ficou para trás. O pensamento estanque de administração pública burocrática de que o legislativo legisla e o executivo cumpre está superado. A contemporaneidade exige um novo meio de agir do Estado, fundado num arranjo complexo e articulado de leis e atos normativos, receita pública e orçamento conjugado à execução concreta de atos para a sua consecução. Esse meio de agir ocorre por políticas públicas, que deve ter uma atuação mais eficiente com a integração de todos os poderes e órgãos.

A concepção de legalidade estrita dita que à Administração Pública incumbe a mera execução da lei, que perdeu força, prevalece o entendimento de que ela é mais um instrumento (importante, mas não o único¹⁹) para a consecução de fins e metas do Estado.

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

Em síntese, a questão central é a de passar de uma gestão da máquina pública, preocupada exclusivamente com o garantismo jurídico, para uma gestão administrativa que atenda às necessidades de conformação do modelo legal, mas que ainda tenha como norte uma atuação direcionada ao atendimento das necessidades sociais, ou seja, que tenha a eficiência como princípio. Exatamente porque os princípios constitucionais bem convivem em antagonismos complexos que a eficiência não pode ser tomada isoladamente; da mesma forma, não há que considerar apenas os valores garantísticos, tornando o Estado uma ineficiente e inútil máquina segura.²⁰

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 102.

18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 171.

19 “A política pública, como se sabe, não se reduz às disposições da Constituição ou da legislação que lhe proveem o suporte e a conformação jurídica. Embora, por outro lado, não dispense, em absoluto, essa dimensão, uma vez que toda política pública se assenta sobre elementos jurídicos.” (Cf. BUCCI, Maria Paula. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 801).

20 BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 97.

Assim como a política pública é uma evolução em relação à ideia de lei em sentido estrito²¹, também a eficiência o é, de forma que esta funciona como princípio legitimador da atuação administrativa para viabilizar a consolidação de objetivos fundamentais. Com efeito, o Estado não pode ser entendido como um carro cuja principal parte são os freios. É o que se chama de *govern by policies* em oposição a *govern by laws*, o que traduz uma aproximação conceitual entre políticas públicas, princípio da eficiência e controle de resultados.

3 EXISTE UMA POLÍTICA PÚBLICA DE CONSENSUALIDADE NO BRASIL?

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

Juntos, o Código de Processo Civil, a Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 (Marco Legal da Mediação), e a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, formam um sistema dos meios consensuais de resolução de conflitos, principalmente no que tange à mediação e à conciliação. Destaque para a previsão do art. 174 do CPC, pelo qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criam câmaras de mediação e conciliação com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, e para o art. 32 do marco legal da mediação, que, de forma semelhante, prevê a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública.

No passado, todavia, diversas outras legislações como a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei de Parceria Público-Privado), no seu art. 11, III, a Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005 (alterou o art. 23-A da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei de Concessões), já previam a utilização de mecanismos privados de solução de conflitos. Também o art. 1º, §1º, da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), com redação dada pela Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015, extirpou qualquer dúvida sobre a utilização do instituto pela administração pública direta e indireta.

No âmbito da desapropriação, o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, em seu art. 10, com redação dada por um normativo de 1946, já previa a realização de “acordos” na fase administrativa. Recentemente, a Lei n.º 13.867, de 26 de agosto de 2019, alterou o referido decreto, permitindo a utilização de arbitragem na desapropriação. Vale ressaltar que há alguns outros instrumentos ora mais recentes (colaboração premiada, acordo de leniência), ora mais maduros (termo de ajustamento de conduta e acordo de não persecução penal) que já admitem a consensualidade ou transação, inclusive em matéria penal ou ambiental.

Como ensina Pinto, a incorporação de um problema na agenda dos governos, ponto de partida para a elaboração de propostas de políticas públicas, passa por três etapas: a de acatamento, com a chegada ao debate público e captura de atenção dos elaboradores da política; a de legitimação da decisão, quando se busca o apoio político dos atores envolvidos; e a de implementação, em que a política se operacionaliza em programas e projetos²².

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

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

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

O processo de definição e implementação das políticas públicas envolve uma série de atividades e etapas distintas, dentre as quais podemos destacar (a) identificação dos problemas e demandas a serem atacados para a definição das prioridades a serem decididas junto aos formuladores de políticas públicas, (b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados, (c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e observância da burocracia existente, gasto de recursos e aprovação de leis, (d) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e impacto da política, para que se possa aferir se ela realmente funciona ou não; e (e) fiscalização e controle da execução da política por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.²³

A consensualidade, portanto, segundo a ótica do legislador brasileiro, é um tema relevante e que merece entrar no debate político e sair vitorioso, como se infere sobre o rol de leis antes apontado que tratam da matéria. Nesse sentido, se os atores políticos já reconhecem a importância da política pública de consensualidade (*politics*), considerando-a legítima e relevante, e se já existe um sistema jurídico para dar sustentação a tanto (*polity*), a pergunta central parece dar azo à implementação (*policy*). Mais especificamente, deve-se pensar em quais incentivos podem ser dados aos agentes públicos ou privados envolvidos nos litígios para que enveredem pelo caminho da consensualidade, além de como identificar e combater/minorar os desincentivos: “Não há, efetivamente, uma política pública consensual que estimule a atuação consensual do agente público, o que enseja a manutenção da crise atualmente vivenciada na gestão de litígios pelo Poder Judiciário.”²⁴

Como já ressaltado, muito se discute sobre a necessidade de uma “mudança de mentalidade” e a superação da “cultura da sentença”, mas é pouco provável que isso venha a ocorrer por si só, desacompanhado de um gatilho externo. Em razão disso, parece ser relevante pensar como se pode incentivar os envolvidos a buscarem a consensualidade. Um desses incentivos pode ser a criação e instalação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, conforme previsão do art. 32, da Lei n.º 13.140/2015, a qual tem aptidão para promover a solução consensual de controvérsias.

No entanto, quando se trata de políticas públicas de consensualidade, deve-se entender a necessidade de planejamento, esforço direcionado a um objetivo, de forma macro e não micro, uma verdadeira atuação institucional de todo o poder público, e dos membros da Advocacia Pública em particular. Ela não deve ser restrita a um pequeno grupo de servidores, ou ainda de um indivíduo isolado.

Acemoglu e Robinson ressaltam a importância das instituições e destacam seu papel na criação de incentivos no desenvolvimento de uma nação²⁵:

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

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

25 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 42-43.

Livre tradução do original, onde se lê: “Each society functions with a set of economic and political rules created and enforced by the state and the citizens collectively. Economic institutions shape economic incentives: the incentives to become educated, to save and invest, to innovate and adopt new technologies, and so on. It is the political process that determines what economic institutions people live under, and it is the political institutions that determine how this process works. [...] As institutions influence behavior and incentives in real life, they forge the success or failure of nations.”

Cada sociedade funciona com um conjunto de regras econômicas e políticas criadas e aplicadas pelo estado e pelos cidadãos coletivamente. As instituições econômicas moldam os incentivos econômicos: os incentivos para se tornar educado, para economizar e investir, para inovar e adotar novas tecnologias, e assim por diante. É o processo político que determina as instituições econômicas sob as quais as pessoas vivem, e são as instituições políticas que determinam como esse processo funciona. [...] *À medida que as instituições influenciam o comportamento e os incentivos na vida real, elas forjam o sucesso ou o fracasso das nações.*²⁶ (ênfase acrescida)

Para os autores, instituições políticas “inclusivas”²⁷ tendem a apoiar instituições econômicas “inclusivas”. Esse tipo de apoio leva a uma distribuição de renda mais igualitária, capacitando um amplo segmento da sociedade e tornando o campo de atuação político ainda mais nivelado, o que resulta no desenvolvimento econômico e induz uma alocação mais eficiente de recursos²⁸. Por isso, instituições econômicas inclusivas devem assegurar os direitos de propriedade e proporcionar oportunidades econômicas não apenas para a elite, mas para uma ampla seção transversal da sociedade.²⁹

O Estado não pode se apoderar indevidamente da propriedade do cidadão sem indenizá-lo sob pena de se tornar uma instituição “extrativa”³⁰ e não inclusiva. Se uma sociedade empresária, por exemplo, tem seu único estabelecimento comercial desapropriado, precisa receber a justa indenização para ter condições de retomar a atividade econômica interrompida, já que o Estado pode inviabilizar a continuidade da empresa, figurando como um desincentivo à produção e em prejuízo à maximização da riqueza da sociedade.

Desse modo, a Advocacia Pública não pode dar guarida jurídica a uma instituição que desapropriar bem particular sem pagar a justa indenização, sobretudo quando isso for a “coisa certa a se fazer”³¹, por ser contrário ao interesse público e às suas indeclináveis competências constitucionais. Em complemento, conforme afirma Moreira Neto:

Esse é, pois, o *diferencial*, em relação às demais modalidades constitucionais de controle, pois a esse específico ramo caberá *normalmente* atuar, preventiva ou concomitantemente com as funções de governança, de modo a ter *condições de evitar que se produzam ou se mantenham atos inquinados de injuridicidade*, impedindo possíveis e, tantas vezes, gravosas consequências adversas para o interesse público, que delas venham a decorrer, tais como, apenas exemplificando, as paralisações, os danos injustos e terceiros, a corrupção, os favorecimentos e tantos outros vícios.³² (destaques no original).

26 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 42-43.

27 Parece haver conexão do conceito de instituições inclusivas com o conceito de democracia material antes explanado. Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 81: “Iremos nos referir a instituições políticas que são suficientemente centralizadas e pluralistas como instituições políticas inclusivas. Quando qualquer uma dessas condições falhar, nos referiremos às instituições como instituições políticas extrativistas.”

Livre tradução do original, onde se lê: “We will refer to political institutions that are sufficiently centralized and pluralistic as inclusive political institutions. When either of these conditions fails, we will refer to the institutions as extractive political institutions.”

28 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 81.

29 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 75.

30 “As nações falham hoje porque suas instituições econômicas extrativistas não criam os incentivos necessários para que as pessoas economizem, invistam e inovem.” (Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012, p. 372).

Livre tradução do original, onde se lê: NATIONS FAIL TODAY because their extractive economic institutions do not create the incentives needed for people to save, invest, and innovate.”. (destaque no original)

31 Cf. SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

32 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 389.

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

As carreiras jurídicas de Estado [Defensoria Pública, Ministério Público e Magistratura] têm, ao lado da Advocacia, que atua na representação dos litigantes privados, cada uma de sua parte ou em conjunto, o dever de protagonizar iniciativas que privilegiem formas consensuais de prevenção e solução de conflitos, seja entre particulares ou naqueles que tenham o envolvimento direto da Administração e seus entes.³³

A Advocacia Pública deve agir com independência e autonomia na responsabilidade de cumprir a missão constitucional que lhe foi confiada, auxiliando o Poder Executivo a se tornar uma instituição inclusiva. No limite, o Estado brasileiro não pode ser uma barreira ou um inibidor da atividade econômica, reduzindo o valor da produção e minimizando a riqueza. É nesse sentido macro que se deve compreender a consensualidade como política pública.

4 POSITIVAÇÃO DA FASE ADMINISTRATIVA COMO INCREMENTO EM TERMOS DE CONSENSUALIDADE NO INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO

Segundo Marcelo Neves, a sociedade moderna distingue-se por sua alta complexidade, o que estimula a pressão seletiva e a diferenciação sistêmica³⁴. Logo, segundo o autor, a diferenciação sistêmico-funcional é concebida como característica distintiva da sociedade moderna.

Com a complexidade, diferentes expectativas crescem e se transformam no seio da sociedade civil, com superposição de diferentes e até contraditórias reivindicações. Isso tem impacto no procedimento legiferante, que, numa espécie de filtragem, destaca, dentre a multiplicidade de expectativas normativas *a priori* incongruentes, as expectativas normativas de comportamento congruentemente generalizadas, as quais vão formar o que se chama de direito³⁵ válido³⁶.

A partir daí, exsurge o conceito de positividade, entendida como “seletividade intensificada do direito, o que pressupõe uma diferenciação estrutural e a especialização funcional do sistema jurídico”³⁷. Quando não há diferenciação, não se considera toda a complexidade da sociedade. Daí o fato de existir uma aproximação conceitual entre positivação e diferenciação.

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

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

35 Direito, segundo Luhman, citado por Marcelo Neves, é “a estrutura de um sistema social baseada na generalização congruente de expectativas normativas.” (Cf. NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 25).

36 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 32.

37 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 33.

De acordo com a teoria luhmaniana, positividade é, sobretudo, a autodeterminação do direito, “o que significa que a manutenção/alteração do sistema jurídico não resulta diretamente das determinações do ambiente, mas de seus próprios critérios, operações e elementos”³⁸. A autodeterminação do direito significa, ademais, a exclusão de qualquer determinação imediata do direito por outros sistemas sociais: política, economia, ciência etc., o qual deve operar conforme seu próprio código³⁹. Isso dá azo à caracterização de um sistema autorreferente ou autopoietico.

É importante trazer à baila outro conceito, o de reflexividade ou autorreferência, mecanismo pelo qual se impede que o sistema jurídico seja heterodeterminado por outros sistemas sociais, em particular pela política⁴⁰, conforme explica o autor:

A reflexividade diz respeito, por exemplo, ao ensino do direito, à normatização da normatização, ao poder sobre o poder e à decisão sobre a tomada de decisão, mecanismos a que subjaz a diferença entre o antes e o depois. [...] como mecanismo no interior de um sistema autopoietico [a reflexividade] implica que o processo referente e o processo referido sejam estruturados pelo mesmo código binário e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeiro reapareçam em parte no segundo.⁴¹

Esse conceito de reflexividade se afigura particularmente relevante na medida em que a fase administrativa da desapropriação no Brasil não conta com regulamentação nacional, ou seja, não é positivada, logo não apresenta diferenciação. Se assim o é, o direito se torna mais suscetível de ser capturado por outros sistemas, incluindo o sistema político, em especial quando ocorre a “politização da administração”, que apresenta consequências negativas.⁴²

À medida que cresce o papel da Administração na implementação de políticas públicas, mais ela tende a se politizar⁴³. Moreira Neto alerta que cabe ao Estado se concentrar no campo das decisões políticas, mas deve despolitizar o campo das decisões administrativas:

[...] caberá ao Estado se concentrar no campo das decisões políticas, que devam ser tratadas pelos métodos decisoriais que lhe são próprios, *despolitizando*, em consequência, todas as decisões *administrativas* a seu cargo que possam se eficientemente tomadas com métodos decisoriais voltados ao manejo de predominantemente subsídios técnicos [...].⁴⁴ (destaques no original).

38 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 41.

39 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 67.

40 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 90.

41 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica*: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 279-280.

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

43 “De fato, a Administração politiza-se crescentemente ao assumir, com maior flexibilidade decisória, seu papel na implementação de políticas públicas, ao mesmo tempo em que se vê confrontada com a necessidade de participação dos cidadãos no próprio procedimento de tomadas de decisões administrativas, envolvendo-se, assim, em um complexo processo de concertação”. (Cf. BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 192).

44 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.192.

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

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

Sendo a influência da política sobre o direito intermediada pelas normas jurídicas, um sistema (como o direito) pode ser considerado normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Logo, o sistema é capaz de assimilar os fatores do ambiente de acordo com seus próprios critérios, mas não ser influenciado diretamente por esses fatores⁴⁵.

Nessa toada, parece haver conexão entre a reflexividade exposta por Neves e, pelo menos, uma das três modalidades de Estado, decorrentes de uma sociedade hipercomplexa⁴⁶, e que compõe o acervo do direito das políticas públicas. Trata-se do Estado-reflexivo, que cria estruturas interiores reflexivas no sistema que pretende orientar, segundo o pensamento de Morand exposto por Bucci:

Para enfrentar o problema essencial da conciliação entre autonomia e direção [...], Morand (1999, p. 132) observa, na linha da autopoiese, que ao invés de intervir do exterior impondo autoritariamente suas soluções, o Estado, por meio de programas relacionais, busca criar estruturas interiores reflexivas ao sistema que ele quer orientar. Os meios de ação passam a envolver a contratualização, tanto na formação, como na implementação e na aplicação do direito.⁴⁷

À vista do exposto, um caminho viável para um ganho em termos de consensualidade do instituto da desapropriação parece ser a positivação no sistema jurídico do regramento de sua fase administrativa, via procedimentalização, permitindo um maior equilíbrio na relação de forças entre o político e o jurídico. Batista Jr. explica o que é procedimentalização, considerada adequada num contexto de sociedade hipercomplexa:

O procedimento é o mecanismo adequado para que se possa alargar a capacidade de decisão do sistema administrativo de uma sociedade pluralista “hipercomplexa”; trata-se de condição necessária, porém não suficiente, para que se possa obter uma decisão justa e eficiente. O procedimento é instrumento fundamental para a racionalidade das decisões e para a eficiência administrativa, uma vez que permite a elaboração de rotinas essenciais em uma organização, bem como a criação de mecanismos de coordenação, facilitando o suprimento do déficit de informações da máquina burocrática e possibilitando melhor tratamento das informações, com a consequente melhor qualidade das decisões.⁴⁸

45 NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. Tradução do original alemão por Antônio Luz Costa; revisão técnico-jurídica de Edvaldo Moita; com a colaboração de Agnes Macedo; prefácio original de Niklas Luhman. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 47-48.

46 “A partir dessa, desdobra-a em três modalidades de Estado, propulsivo, reflexivo e indutor, às quais correspondem, respectivamente, os programas finalísticos, as negociações e as formas de indução. [...] As formas jurídicas associadas ao Estado indutor, ao Estado-reflexivo e ao Estado-propulsivo comporiam o acervo do direito das políticas públicas. (Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 807-808).

47 BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 808.

48 BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 192.

Logo, a procedimentalização prestigia a cooperação com o particular na tomada de melhores decisões, fomenta a uniformização jurídica na seara administrativa e alavanca a função ordenadora da Administração ao favorecer a preparação da decisão pelo cotejo entre diferentes alternativas, promovendo um saudável equilíbrio entre os poderes administrativos e a flexibilidade necessária para a persecução do bem comum⁴⁹. Segundo Medauar, “o processo administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX, e início do século XXI e a demanda de democracia na atuação administrativa”⁵⁰.

De forma concreta, a posituação da fase administrativa deve prever a formação de um contraditório sumário⁵¹, a fim de reduzir o grau de discussão judicial sobre o preço, com prazo estabelecido para o particular apontar, de maneira fundamentada, as razões pelas quais discorda do valor ofertado pela Administração.

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

Enfim, a questão dos incentivos indicada na seção antecedente vem ao encontro do aqui exposto: eles devem ser positivados como uma forma de trazer segurança jurídica aos envolvidos, quando, por exemplo, além do contraditório sumário, prevejam que o advogado público que atua na seara administrativa seja somente responsabilizado em caso de dolo ou fraude; prevejam com clareza como será elaborado o laudo de avaliação (órgão competente, número de membros, se são servidores comissionados ou não); estabeleçam uma margem de valor (a estimular a negociação), e não uma quantia fixa; e autorizem expressamente a revisão fundamentada da indenização antes fixada, à vista das informações apresentadas pelo desapropriado.

Quanto a este último ponto, guardadas as proporções, parece haver semelhança com o contencioso administrativo fiscal, em que é lavrado um auto de infração, o qual tem sua exigibilidade suspensa pela impugnação do sujeito passivo (art. 151, III, do Código Tributário Nacional), sendo que a decisão dessa impugnação ainda pode ser objeto de recurso somente após a constituição definitiva do crédito tributário. Nesse sentido, poderia ser implementado um contencioso administrativo⁵² do justo preço nas indenizações administrativas.

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

No Estado Democrático de Direito (pluralista), contata-se certo desapontamento com a operatividade prática que as soluções jurisdicionais oferecem, razão pela qual se reforça a necessidade de buscar soluções pré-contenciosas, sobretudo consensuais. Requer-se, assim, a necessária transferência dos

49 BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 192-193.

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

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

52 Posição idêntica é defendida por Luciano Ferraz: “O que se quer significar é que modernamente, na perspectiva de uma administração pública que valoriza o diálogo, o procedimento e as relações jurídicas subjacentes, os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (aplicáveis à etapa administrativa da desapropriação) preparam o terreno para uma *exegese procedimental* do artigo 10 do Decreto-Lei n.º 3.365/41, em ordem a estabelecer, previamente à ação judicial de desapropriação, um ‘contencioso administrativo do justo preço’. (Cf. FERRAZ, Luciano. Por um contencioso administrativo do justo preço nas desapropriações. *Consultor Jurídico*, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/interesse-publico-contencioso-administrativo-do-justo-preco-desapropriacoes>. Acesso em: 10 nov. 2020).

conflitos par o momento em que estes precisamente se manifestam, isto é, no decurso procedimental. Para tanto, mecanismo é essencial a abertura da possibilidade de participação dos administrados no iter decisório, o que, antes de qualquer coisa, requer transparência da Administração que, sobretudo, deve facultar o acesso dos cidadãos às informações obtidas no seio da máquina administrativa. O procedimento, assim, acaba por se apresentar como uma das soluções para a própria crise da justiça. Trata-se de um controle “desde dentro”, isto é, incidente sobre a própria intimidade da Administração, ao longo da formação de sua vontade, portanto diferente do controle operado “por fora” pelo Judiciário, geralmente só utilizado *ex post facto*.⁵³

Para o exercício do controle interno e prevenção de juridicidade, o papel da Advocacia Pública é decisivo:

Assim é que, notadamente por essa relevante razão – a da eficiência da função de *Governança Pública* – é que o específico controle de juridicidade exercido pela *Advocacia Pública de Estado* deverá atuar imbricada e articuladamente com o sistema de Governança Pública, para o adequado desempenho das definidas funções constitucionais de *apoio jurídico* e *controle de juridicidade*, que lhe competem.⁵⁴ (destaques no original).

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

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E OS VIESES COGNITIVOS NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONSENSUALIDADE

A Análise Econômica do Direito (AED) pode ser entendida como um *método*⁵⁵ capaz de formular previsões sobre os efeitos de determinada norma no comportamento humano, na medida em que se presume que esse comportamento é sempre uma resposta a incentivos. Entre outros objetivos, busca testar a eficiência das normas existentes e propor normativos mais adequados⁵⁶. Serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos⁵⁷.

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

53 BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 190-191.

54 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.389.

55 “[...] no limite, a AED não é, em si, uma teoria da decisão, mas uma ferramenta que pode ser usada para auxiliar o juízo de convicção do operador do direito, em qualquer nível de análise ou aplicação concreta.” (Cf. BERGER, Luiz Marcelo. *Porque o Brasil precisa da Análise Econômica do Direito*. JOTA, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/por-que-o-brasil-precisa-de-analise-economica-do-direito-07112017>. Acesso em: 15 maio 2020). Veja-se, a propósito, SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia? Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017.

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

57 GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010, p. 17.

e que poderá mudar seu comportamento para se adaptar a novos ambientes⁵⁸. Sob a perspectiva econômica, a função básica do direito é a alteração de incentivos, de forma a promover eficiência, o que gera um incremento de bem-estar na sociedade⁵⁹.

Como leis ou políticas públicas mal elaboradas levam à insegurança jurídica, reduzindo o bem-estar. O uso da AED para avaliar proposições legislativas e políticas públicas, em geral, é essencial⁶⁰.

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

Todavia, as premissas de que os agentes atuam de forma racional e buscam maximizar a utilidade para si próprios têm sofrido críticas pela economia comportamental⁶¹, que aponta a existência de vieses cognitivos. Com base em evidência empírica, sugere-se que as decisões não são ótimas, já que estão repletas de distorções de julgamentos (vieses), pois confia-se excessivamente na intuição, gerando simplificações e generalizações que, muitas vezes, são armadilhas que atrapalham a solução de problemas complexos.

De modo geral, a ideia de que as mentes humanas são suscetíveis de erros sistemáticos agora é aceita, sendo observados vieses sistemáticos nas próprias decisões, preferências intuitivas que violam consistentemente as regras de escolha racional⁶². Sobre isso, Ribeiro e Domingues explicam que:

[...] as escolhas não são racionais, mas sim limitadas a uma série de fatores que bloqueiam a opção ótima. A disposição de manter o status quo (*inertia*), o sentimento de apego e posse (*endowment effect*), o equívoco no julgamento sobre os efeitos ao longo do tempo (*hyperbolic discount*), a insistência em escolhas ruins (*sunk cost*) etc. são manifestações neurocognitivas que podem ser estimuladas ou evitadas de acordo com os incentivos aos quais os agentes econômicos são expostos (arquitetura dos incentivos)⁶³.
(destaques no original)

Não obstante as críticas, que parecem fundadas, isso não significa que, sob a perspectiva econômica, todas as decisões humanas são pautadas rigorosamente por uma análise de custo-benefício, nem que as decisões racionais sejam obra de uma inteligência superior. Não se busca demonstrar que cada indivíduo é um *homo economicus*, razão pela qual o paradigma da hiper-racionalidade vem perdendo força para uma concepção mais flexível de racionalidade limitada:

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

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

60 TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015, p. 323.

61 Cf. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKI, Amos. Prospect theory: Na analysis of decisions under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.

62 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 18.

63 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 462.

Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A pesquisa em Direito e Economia Positivo não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo economicus*, nem provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata. A noção de racionalidade também não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios (embora este cálculo frequentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso processo). Não por outro motivo, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de “racionalidade limitada”⁶⁴.

Essa premissa metodológica de maximização racional, agora marcada como uma racionalidade limitada, mesmo com suas deficiências, parece ser útil, pois o comportamento racional é geralmente previsível, ao passo que o comportamento irracional é normalmente aleatório ou randômico⁶⁵.

A questão não é tanto se a premissa de maximização racional é irrealista (vez que é obviamente imperfeita), mas sim se ela consegue captar o suficiente uma realidade complexa a fim de torná-la inteligível e previsível. Logo, a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva e não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado⁶⁶, de forma que ainda parece haver utilidade nos estudos de eficiência e maximização do bem-estar.

Os vieses cognitivos, portanto, podem conduzir a decisões ineficientes e devem ser considerados no momento da tomada de decisão. No âmbito do Estado, políticas públicas mal formuladas tendem a causar grave prejuízo ao bem-estar da sociedade, como a) apresentar benefícios notoriamente satisfatórios, mas a custos desnecessariamente altos; b) atingir objetivos diferentes daqueles pretendidos; c) perseguir problemas triviais sem alcançar a raiz do problema enfrentado; d) favorecer grupos específicos utilizando recursos públicos, sem um critério razoável de justiça distributiva⁶⁷.

Apesar disso, há poucos estudos que se concentram nos vieses cognitivos dos formuladores de política pública, o que deve ser modificado, pois tais vieses podem comprometer a eficácia e efetividade de tais políticas.

De fato, é relevante entender os aspectos que se apresentam e que influenciam o formulador na compreensão de possíveis falhas observadas na política pública a ser implementada, levando-os a efetivamente empregar os princípios da administração pública de impessoalidade, moralidade e eficiência no processo de formulação das políticas⁶⁸. Outro aspecto importante é a interação entre regulador e regulado:

64 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 19.

65 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 30

66 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p. 30-31.

67 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 475.

68 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 474.

No processo de elaboração de um regulamento, quando se considera a interação entre regulador e regulado em um contexto de incentivos pré-existentes, o conteúdo da política pública desenhada deixa de se restringir apenas à normatização e passa a incluir ações que promovam maior participação da sociedade regulada, o que pode ocorrer por meio de novos incentivos⁶⁹. (destaque nosso)

Enfim, como um dos objetivos das proposições legislativas e das políticas públicas é aumentar a eficiência, gerando maior bem-estar, é relevante perquirir acerca dos custos de transação envolvidos. Por esse motivo, suas formulações devem levar em consideração os vieses cognitivos com o intuito de reduzi-los⁷⁰.

É importante ressaltar, todavia, que a política pública de consensualidade guarda uma particularidade endógena. Visando a um tratamento holístico do problema da litigância, o programa de ação estatal deve se destinar tanto aos agentes privados quanto aos agentes públicos. De nada adianta, ou pouco se aproveita, que o particular seja inclinado à solução consensual de conflitos se os agentes públicos, cujas atribuições são lidar diretamente com os conflitos (a exemplo da Advocacia Pública), se mantêm refratários a esse tipo de solução.

Por isso, é importante se concentrar nos vieses de cognição comuns (ainda que não exclusivos) dos agentes públicos, notadamente os da Advocacia Pública, pois é o foco do presente trabalho. É importante estudar pelo menos três vieses.

O viés da confirmação ocorre quando o indivíduo dá um peso maior às suas crenças, ideias, interpretações ou experiências prévias do que a novas evidências apresentadas, buscando informações e leituras que confirmem sua percepção sobre o problema proposto, ou quando ele lembra, seletivamente, de acontecimentos ou argumentos ao mesmo tempo em que flexibiliza e invalida argumentos contrários, ainda que lógicos e convincentes⁷¹.

Como explica Kahneman, muitas pessoas são superconfiantes e estão inclinadas a depositar excessiva fé em suas intuições, evitando esforço mental (conforto cognitivo)⁷². Quando acreditam que uma conclusão é verdadeira, ficam muito propensas a insistir em argumentos que parecem sustentá-la, mesmo que esses argumentos não sejam confiáveis. Nesses casos, a conclusão vem primeiro e os argumentos seguem.

Isso parece uma explicação plausível para a resistência à ampliação dos meios consensuais de resolução de conflitos no país e a prevalência da “cultura da sentença” no seio da Administração Pública. Dado que o ensino jurídico do Direito Administrativo no Brasil ainda se assenta em dogmáticas tradicionais⁷³, os agentes públicos continuam a ter apego excessivo a princípios e institutos clássicos, como o da indisponibilidade do interesse público e do ato administrativo, respectivamente. Logo, devido a um conforto cognitivo, é possível que muitos agentes públicos resistam fortemente à adoção de uma postura consensual, ainda que se apresente substancial evidência contrária à litigância excessiva.

Um segundo viés, que guarda correlação com o primeiro, é o do excesso de confiança, segundo o qual um indivíduo superestima as próprias capacidades e, sobre um assunto complexo, julga possuir conhecimento muito mais profundo do que realmente possui. Está

69 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 475.

70 TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015, p. 323-324.

71 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 477.

72 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 60.

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

relacionado à ilusão de validade, em que só conta a evidência imediatamente disponível⁷⁴.

Consoante ensinam Tabak e Amaral, esse viés pode resultar em uma superestimação do sucesso de uma iniciativa regulatória e levar o Estado à ilusão de que melhorará o ambiente regulatório com uma medida que não trará quaisquer benefícios à sociedade, ou que possivelmente dificultará os negócios de seus agentes⁷⁵. Por isso, a implementação de uma política pública de consensualidade não pode ignorar a necessidade de cooperação entre os diversos órgãos da Administração Pública, sob pena de ser superestimada.

Nesse sentido, a Advocacia Pública, por estar geralmente em contato com o extrato superior da gestão pública, deve fomentar o movimento de *bottom up*⁷⁶ para angariar o maior número possível de evidências úteis à solução consensual de conflitos, suplantando o que está no processo judicial ou no contato formal através de ofícios, circulares e memorandos. É necessária, portanto, uma interação orgânica e concentrada nos demais órgãos e unidades da Administração para obter êxito nessa empreitada.

O desconto hiperbólico é outro viés e está relacionado à tendência humana de escolher uma vantagem menor mais cedo do que uma vantagem maior mais tarde. Abrange também obrigações e o peso que se dá ao cumpri-las no presente ou no futuro⁷⁷. Quando se trata de uma vantagem, o adiamento é negativo e a tendência é que a vantagem perca valor (“desconto”) aos olhos do cidadão. Ao revés, quando se trata de uma obrigação, seu adiamento é bem-vindo, pois parece menos onerosa. Esse raciocínio pode explicar a procrastinação de um dever e a preferência pelo usufruto imediato de um benefício.

Segundo Tabak e Amaral⁷⁸, quando os agentes com esse viés formulam política pública, há forte tendência de serem produzidos programas que maximizem retornos de curto prazo em detrimento de metas de longo prazo, mais estratégicas e estruturantes, o que parece explicar, ao menos em parte, um problema crônico no Brasil: o déficit de planejamento⁷⁹.

No caso da Administração Pública, a procrastinação da resolução de conflitos não raro tem como objetivo o mero adiamento de obrigações financeiras, sem sopesar o custo-benefício da litigância judicial, a majoração dos acréscimos da dívida ou os encargos de sucumbência. O problema se agrava com relação às dívidas de maior valor, que se submetem à regra do precatório⁸⁰ e, frequentemente, são transferidas para outra gestão.

Parece existir, portanto, uma tendência de o gestor público optar pelo não pagamento ou pelo seu adiamento, porque isso lhe traz uma vantagem, em curto prazo, vez que poderá usufruir mais recursos financeiros durante a sua gestão, aumentando a chance de obter maior capital político.

74 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 261.

75 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 483.

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

77 FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHE, Ted. Time Discounting and Time Preference: a critical review. *Journal of Economic Literature*, v. XL, n. 2, p. 351-401, jun. 2002, p. 360-361.

78 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2, ago. 2018, p. 480.

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

80 A questão dos precatórios no Brasil é multifacetada e complexa, e exigiria, por si só, um estudo exclusivo. Por isso, não se está a questionar o instituto em si, apenas se busca – sob a ótica da AED – jogar luzes sobre ele, para, compreendendo melhor seu papel na engrenagem da Justiça, para extrair maior utilidade na formulação de incentivos/desincentivos.

Por todo o exposto até aqui, uma questão relevante no debate parece ser como a Análise Econômica do Direito pode ser aprimorada com o aumento de atenção aos *insights* sobre o comportamento humano, e como isso pode auxiliar na implementação de uma política pública de consensualidade⁸¹.

6 PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A TEORIA DO NUDGE E SUA APLICABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na AED, ganhou notoriedade o chamado Teorema de Coase, o qual, em linhas gerais, afirma que, em determinada transação econômica envolvendo externalidades, se os direitos de propriedade estiverem claramente definidos, e desde que os custos de transação sejam iguais a zero, a solução negociada é *sempre* a solução ótima, independentemente da alocação de direitos⁸².

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

O modelo de Coase trouxe uma poderosa ferramenta na busca de eficiência na forma de decidir a alocação inicial de recursos. Mais do isso, Coase iluminou a importância das negociações como forma de buscar alocação eficiente, bem como a necessidade de se buscar a redução dos custos de transação para que tais alocações sejam possíveis.⁸³

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

Por custos de transação, entende-se que são os custos destinados à realização de intercâmbios econômicos, em função do relacionamento com os demais agentes do sistema produtivo. Esses custos estão associados à procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidade)⁸⁴.

Decompondo o Teorema de Coase, vê-se que, em essência: 1) os direitos das partes devem estar nitidamente atribuídos a cada uma delas; 2) os custos de transação precisam ser reduzidos para incentivar a negociação; 3) mediante negociação, as partes chegarão a uma solução eficiente; e 4) a solução é encontrada independente do direito originalmente aplicável⁸⁵.

Definida a premissa de que a negociação leva a uma solução eficiente, a questão central passa a ser como incentivar os envolvidos, especialmente o agente público, a negociar. Principia a criar raízes no seio da Administração Pública moderna o emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais, ou contratualizadas no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas⁸⁶. Nesse contexto, ganha relevância o estudo da teoria do *nudge*, uma forma de conceber incentivos, como explicam Ribeiro e Domingues:

81 SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, n. 50, p. 1471-1550, 1998.

82 COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Luciana Helena Salgado e Antônio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório, Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides), p. LII.

83 WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: RT, 2019, p.106.

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

85 COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Luciana Helena Salgado e Antônio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório, Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides), p. LII.

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

A tradução não oficial do vocábulo demonstra seu significado: “*nudge*” pode ser entendido como um “empurrão”, um “cutucão”, uma espécie de “indicação” não explícita e não vinculativa de opções previamente programadas pelo agente público. Em 2008, o livro “*Nudge: o empurrão para escolha certa*”, de Cass Sustein e Richard Thaler, consagrou o termo *nudge*. De forma geral, ele atua como um mecanismo influenciador de escolhas individuais com vista ao incremento do bem-estar em diversos setores sociais, como saúde, educação, finanças e segurança. Um dos exemplos citados no livro refere-se à regulação da disposição de alimentos não saudáveis em escolas primárias nos Estados Unidos. A fim de combater a hábitos alimentares inadequados entre crianças em idade escolar, escolas foram incentivadas a posicionar alimentos saudáveis no campo de visão mediano da altura das crianças, de modo que alimentos não saudáveis ficavam ou muito acima ou muito abaixo do campo de visão, levando as crianças a optar, inconscientemente, pelo consumo de alimentos com melhor condição nutricional.⁸⁷

Para os referidos autores, trata-se de um mecanismo sugestivo (*não obrigatório*), que funciona como um “plano prévio de persuasão” à disposição do indivíduo no momento de efetuar suas escolhas, mas sempre respeitando a liberdade de cada, inclusive no que tange às “escolhas ruins”.

Ao fazer uso em larga escala dos instrumentos normativos com base em mecanismos comportamentais, as políticas públicas formuladas com base na ciência econômica comportamental diferem dos tradicionais instrumentos de coerção pura e explícita, características das normas jurídicas clássica elaboradas com base no Poder de Polícia⁸⁸.

Bem se vê que o *nudge* é frequentemente associado à “Arquitetura de Escolhas” e guarda relações com a economia comportamental. Todavia, ambas não se confundem, pois enquanto a economia comportamental é uma subdisciplina científica, o *nudge* se diferencia por ser uma forma particular de aplicar suas descobertas às políticas⁸⁹. Logo, o *nudge* é uma técnica.

Um das grandes críticas a essa teoria é que ela é taxada de paternalista ao reduzir a autonomia individual. O Estado, ao construir políticas que considera “melhores” e estimular sua adoção, pode acabar por retirar do indivíduo a liberdade de escolha. Assim, por trás do *nudging* existe uma ampla discussão sobre os limites éticos e morais que circundam a sua aplicação como forma de efetivar as mudanças comportamentais⁹⁰.

Apesar disso, como se disse, a política pública de consensualidade guarda uma peculiaridade. Ela é voltada a agentes públicos e agentes privados. No caso de se evidenciar um acordo que se mostre vantajoso, que aumente a eficiência e o bem-estar, o agente público não tem a liberdade de aderir ou não. Há um dever da escolha pela primeira alternativa.

A eficiência é ressignificada pelo Direito (assim como o Rei Midas, que tudo o que toca vira ouro, o Direito tudo o que toca torna jurídico⁹¹), por isso é necessária uma eficiência constitucionalmente qualificada, que não se afaste de valores extrajurídicos e que, por isso, deve respeito aos direitos fundamentais e observância aos limites da Constituição Federal.

87 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 466.

88 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 467.

89 TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 484.

90 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018, p. 468.

91 A comparação é do Professor Miguel Reale.

Face ao dever de eficiência à luz de ponderações do caso concreto, sem olvidar os ditames constitucionais, o agente público está, portanto, vinculado constitucionalmente (art. 37, *caput*) à tomada de decisão mais vantajosa para a Administração Pública, que, com alguma frequência, está associada à consensualidade, devendo essa porta ser deixada permanentemente aberta ao agente público.

Logo, os incentivos do *nudge*, apesar de necessários e relevantes, não são suficientes para assegurar *per se* a implementação de uma política pública de consensualidade, justamente porque a margem de liberdade do gestor público, no que toca à eficiência, é reduzida, pois existe um dever positivo de vinculação. Por isso, a teoria deve ser vista com temperamentos quando se trata de estímulo à negociação de acordos pela Administração Pública. A peculiaridade antes informada (que parece mitigar sua pertinência) deve ser considerada quando na formatação da “Arquitetura de Escolhas”.

Deve-se, então, buscar a complementariedade entre obrigações e incentivos, já que o efeito das obrigações no comportamento depende da vontade de cooperar, de modo que, se houver mais incentivos, maior a tendência de vinculação à obrigação⁹². Com isso, espera-se estimular os agentes públicos a cooperar para a implementação de políticas públicas de consensualidade.

A doutrina aponta algumas possibilidades de incentivos que podem ser implementadas:

- a) criação de Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem em todos os órgãos de advocacia pública, com especialização dos seus integrantes em negociação; b) inclusão de *insights* (v.g. alertas, selos etc.) em sistemas digitais para cientificar a outra parte sobre a possibilidade de realização de acordos com a Administração Pública; c) adoção de sistemas de *call center* na advocacia pública para alertar sobre a possibilidade de acordos; d) criação de sistema de pontuação (*ranking*) entre advogados públicos para premiação final aos que mais realizarem acordos; e) participação periódica em mutirões voltados ao consenso, de maneira mais efetiva; f) produção de regras de transação por adesão em casos repetitivos, cuja probabilidade de êxito do processo seja baixa; etc.⁹³

Trata-se de medidas salutares, as quais podem estimular que o Brasil guarde o compromisso firmado por ele próprio no art. 3º, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, uma forma de buscar sempre que possível a solução consensual dos conflitos.

7 CONCLUSÃO

No âmbito da Administração Pública, esperar a implementação e a expansão de meios consensuais de resolução de conflitos sem considerar alguns vieses dos agentes públicos, como o viés da confirmação, o viés do excesso de confiança e o viés do desconto hiperbólico, é atuar de forma ineficiente, relegando a matéria a segundo plano. Na realidade, esses vieses devem ser considerados como custos de transação e devem ser reduzidos para incentivar a negociação e promover uma solução ótima (Teorema de Coase). Os vieses cognitivos, assim, podem conduzir a decisões ineficientes e devem ser considerados no momento da tomada de decisão pelo agente público.

92 GALBIATI, Roberto; VERTOVA, Pietro. How laws affect behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior. *International Review of Law and Economics*, v. 38, p. 48-57, 2014, p. 56.

93 VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcílio. Políticas pública consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018, p. 167.

Uma técnica atual para se pensar a adoção de incentivos é o *nudge*, que estimula o indivíduo a tomar decisões “corretas” por meio de mecanismos sugestivos (*não obrigatórios*), respeitando a liberdade individual de cada sujeito. Com isso, seus defensores acreditam ser possível estimular o agente público a optar pela consensualidade ao invés da litigância, especialmente quando isso se revelar mais vantajoso para a Administração Pública.

Como o agente público, diferentemente do agente privado, já está vinculado constitucionalmente a um dever de eficiência, tendo em vista a busca de uma maior vantajosidade à Administração Pública, ele não pode livremente “optar” pela decisão desvantajosa. Em termos de consensualidade, se essa for a opção eficiente, há vinculação e não liberdade do agente público, o que, de alguma forma, parece reduzir a pertinência do *nudge* ao âmbito estatal, ou, pelo menos, essa condição, com todas as suas peculiaridades, deve ser muito bem trabalhada na “Arquitetura das Escolhas”.

Por isso, ainda que relevante, o *nudge* não pode suplantar a busca de outros incentivos para fomentar uma cultura de consensualidade no âmbito público, tampouco descuidar a necessidade de, em certa medida, impor obrigações que vinculem o agente público à consensualidade, inclusive por via de lei e de forma concreta. É que, ao se combinar obrigações com incentivos, há uma tendência de aumentar o comportamento colaborativo do agente público, logo, sobressai a necessidade de pensar como é possível alcançar o equilíbrio entre ambas.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012.

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

BERGER, Luiz Marcelo. Por que o Brasil precisa da Análise Econômica do Direito. *JOTA*, 7 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/por-que-o-brasil-precisa-de-analise-economica-do-direito-07112017>. Acesso em: 15 maio 2020.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução, Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão técnica, Alexandre Veronese, Luciana Helena Salgado e Antônio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório, Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides).

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

FERRAZ, Luciano. Por um contencioso administrativo do justo preço nas desapropriações. *Consultor Jurídico*, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/interesse-publico-contencioso-administrativodo-justo-preco-desapropriacoes>. Acesso em: 10 nov. 2020

FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George; O'DONOGHE, Ted. Time Discounting and Time Preference: a critical review. *Journal of Economic Literature*, v. XL, n. 2, p. 351-401, jun. 2002.

GALBIATI, Roberto; VERTOVA, Pietro. *How laws affect behavior: Obligations, incentives and cooperative behavior. International Review of Law and Economics*, v. 38, p. 48-57, 2014.

GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *EALR*, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

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

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: Na analysis of decisions under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Escolha, valores e quadros. In: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit neo moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

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

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

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

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

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. University of Chicago Law School, 2014.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 456-471, ago. 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia* [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017, p.11-21.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

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

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

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, n. 50, p. 1471-1550, 1998.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan./mar. 2015.

TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 472-491, ago. 2018.

VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcílio. Políticas pública consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018.

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

Recebido em: 23.11.2020

Aprovado em: 28.12.2022

Como citar este artigo (ABNT):

CARVALHO, Silzia Alves; TORRES, Daniel Lopes Pires Xavier. Consensualidade como política pública e os incentivos à negociação pelo agente público. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.47, p.49-71, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2023/03/DIR47-03.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.