

## O ‘mercado’ das soluções de litígios com o poder público: análise do ponto de vista do Direito e Economia

The ‘market’ of dispute resolution in litigation against the state government: a Law and Economics point of view

*Guilherme Freire de Melo Barros<sup>1</sup>*

RESUMO: O presente artigo examina os litígios com o Poder Público a partir de alguns conceitos de análise econômica do Direito. A constatação inicial é de que o Judiciário possui estoque de ações muito elevado de ações envolvendo o Poder Público. O artigo questiona inicialmente por que esse número é tão alto se já existe um leque de métodos alternativos de soluções de litígio. O fato de as partes seguirem recorrendo a uma ferramenta ineficiente coloca o sistema em uma situação pareto-ineficiente, sub-ótima. Duas razões para o alto número de ações são: (i) a preferência pelo tratamento individual de litígios em Juizados da Fazenda Pública em detrimento de soluções macro via tutela coletiva; (ii) custo de aprendizagem de advogados já consolidados no mercado para migrar para os outros métodos de resolução de disputas. Apresenta-se uma lista de métodos alternativos para resolver litígios com o Poder Público com suas principais características e aplicações – a saber, negociação, mediação, comitês de resolução de disputas, arbitragem, transação e conciliação tributárias, cobrança extrajudicial da dívida tributária. Por fim, indica-se que a

---

1 Fellow Chartered Institute of Arbitrators – FCI Arb, Mestre em Direito Econômico – PUCPR, LL.M. em International Trade Law – Univ. de Turim, Itália, Professor da PUCPR, Procurador do Estado do Paraná.

utilização desses novos mecanismos não é simples, porque há uma dependência de trajetória (*path dependence*) criada por décadas de reafirmação do Judiciário como o lugar natural de resolução de disputas. Modificar a cultura jurídica é difícil, mas pode ser alcançada com a redução da assimetria informacional dos agentes – advogados públicos e privados, cidadão, servidores públicos, empresários, enfim, todos os atores envolvidos em litígios com o Poder Público.

**ABSTRACT:** The article examines disputes with State Government using law and economics concepts. The Judiciary has a very high stock of lawsuits involving the State Government, agencies or entities. The guiding question of the article is why this number is so high if there is already a range of alternative dispute resolution methods. The fact that the parties still resort to an inefficient tool show that the system is Pareto inefficient, a sub-optimal situation. Two reasons for the high number of lawsuits are: (i) the preference for individual treatment of disputes in Small Claim Courts in detriment of macro solutions via class action; (ii) the learning costs established lawyers would have to endure to migrate to other dispute resolution methods. A list of alternative methods to resolve disputes with the State is presented, with their main characteristics and applications - namely, negotiation, mediation, dispute boards, arbitration, tax transaction and conciliation, extrajudicial tax debt collection. Finally, the use of these new mechanisms is not simple, because there is a path dependence created by decades of reaffirmation of the Judiciary as the natural place of dispute resolution. Changing the legal culture is difficult, but it can be achieved by reducing the informational asymmetry of agents – public and private lawyers, citizens, public servants, businessmen, in short, all the actors involved in litigation with the State Government.

## 1. INTRODUÇÃO

O Poder Público é o maior litigante do Brasil! A Justiça brasileira está *lotada* de processos que demoram anos!

Essas expressões são lugar-comum e habitam a ponta da língua de advogados de todas as áreas, de professores das incontáveis faculdades de direito em nosso País – além de figurar mais modernamente em *reels* e *hash-tags* de redes sociais dos novos ‘especialistas em tudo’.

De fato, o Judiciário brasileiro possui mais de 75 milhões de ações, e a Administração Pública é responsável por uma parcela significativa desse estoque.<sup>2</sup> Se é a primeira ou a quinta nesse ranking não importa para os fins do debate apresentado neste artigo.

Saber que são milhões de ações já é suficiente para estabelecer as perguntas que nos guiam:

1. Por que há uma quantidade tão grande de ações que envolvem o Poder Público se esse mecanismo de solução de controvérsias é considerado tão ineficiente?
2. Que alternativas ao Judiciário existem para resolver disputas com o Poder Público?
3. Como fazer para utilizar mais essas alternativas?

Para responder a essa questão, o artigo se vale do arcabouço teórico da análise econômica do Direito. O Direito tem sua estrutura formada por um conjunto de regras, formais e informais, que não controlam diretamente o comportamento do indivíduo; apenas preveem consequências para suas ações, de modo que o ser humano continua livre para agir como melhor lhe aprouver, aceitando as consequências de suas escolhas.<sup>3</sup> Pelo ângulo econômico, essas regras funcionam como uma estrutura de incentivos – positivos

---

2 Os números são do relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, **Justiça em Números, 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

3 MACKAAY, Ejan. **Law and economics for civil law systems**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013, p. 35.

e negativos, eficientes e ineficientes – que leva o indivíduo a adotar comportamentos que elevem seu bem-estar.

A microeconomia é o estudo de como recursos escassos são alocados entre fins que são alternativos entre si. Estudar ou passear; comprar um carro ou uma moto ou guardar o dinheiro para aposentadoria; ‘maratonar’ uma série ou ir à academia. Tempo e renda são recursos escassos, não é possível fazer tudo que desejamos, por isso precisamos escolher algo e renunciar a outra oportunidade. A teoria microeconômica oferece uma teoria geral sobre a maneira como as pessoas tomam esse tipo de decisões.<sup>4</sup>

A conjugação do estudo de Direito e Economia permite identificar como os agentes reagem às normas jurídicas que pautam suas decisões, de modo a identificar ineficiências e melhorias.

## 2. POR QUE HÁ TANTOS LITÍGIOS COM O PODER PÚBLICO NO JUDICIÁRIO?

Inúmeras ações chegam diariamente ao Judiciário brasileiro, muitas das quais têm o Estado em um dos polos. No polo ativo, como demandante, é possível identificar milhares de execuções fiscais, movidas pelo ente público contra devedores de tributos.<sup>5</sup> No polo passivo, o Estado é demandado por particulares e também servidores públicos, que vão a juízo buscar a tutela de seus direitos.

Naturalmente, não há uma única explicação para a quantidade de ações que envolvem o Poder Público; é possível mapear algumas dessas razões.

---

4 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 35.

5 A execução fiscal também pode ser utilizada para cobrar dívidas de natureza não tributária, mas que representam um percentual bem pequeno das ações propostas.

## **2.1 Premissa: a constatação de que ações que envolvem o Poder Público nunca desaparecerão do Judiciário**

O primeiro ponto a compreender a respeito da quantidade de disputas com o Poder Público não está relacionado diretamente a uma disfunção, a um problema.

A primeira razão para a grande quantidade de ações é que o Estado brasileiro formatado na Constituição da República de 1988 é um grande implementador de direitos. Como estabelece nosso artigo 3º, são objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza; a redução das desigualdades; e a promoção do bem de todos. Para isso, o artigo 6º estabelece os direitos sociais a educação, saúde, alimentação, trabalho moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. A teia de proteção social é robusta.

Essa não é crítica, apenas uma constatação.<sup>6</sup> Se o Estado é responsável por prestar saúde à população, então é de se esperar que surjam disputas decorrentes dessa prestação. Isso é observável nas inúmeras ações que buscam na Justiça o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde. O mesmo vale para assistência e previdência social. Sendo o Estado responsável por criar e manter essa teia de proteção social, litígios surgirão para discutir eventuais deficiências na prestação.

Portanto, os meios alternativos de solução de disputas com o Poder Público não têm como objetivo suplantar totalmente o Poder Judiciário. Não se trata de substituir o Judiciário, mas de filtrar, de identificar outras formas de solução mais adequadas e eficientes fora do Judiciário. Isso há de reduzir a quantidade de ações judiciais, mas não as eliminará.

---

6 E de um ponto de vista mais pessoal, um modelo de Estado implementador de direitos no qual acredito, a despeito de todas as dificuldades de implementação e disfunções nesse caminho de construção de uma sociedade menos desigual.

## 2.2 Tratamento macro X micro na solução de demandas repetitivas com o Poder Público

Outro aspecto relevante é o efeito multiplicador de alguns atos praticados pelo Poder Público. Quando o Estado edita uma lei que modifica o regime jurídico do servidor público ou altera o regime tributário, a quantidade de pessoas afetadas é enorme.

O tratamento dessas questões pode ser feito pelo próprio indivíduo afetado ou por legitimados extraordinários que representam o grupo pela via de ações coletivas. Nosso direito positivo de tutela coletiva consagra as boas técnicas.<sup>7</sup>

De fato, do ponto de vista teórico, faz total sentido que uma mudança no regime jurídico de servidores seja analisada em uma única ação cujo resultado seja aplicado uniformemente a toda categoria. Se cada servidor ingressar individualmente, há chances de decisões antagônicas e aumento significativo do estoque de demandas. A conclusão da análise teórica é muito clara, deve-se dar tratamento macro a questões que envolvem milhares de indivíduos. Na prática, porém, os mecanismos de tutela coletiva não têm sido capazes de impedir que milhares de ações contra o Poder Público cheguem ao Judiciário diariamente.

Por quê?

É que a solução individual é muitas vezes mais eficiente para o indivíduo. Tome-se, por exemplo, uma discussão sobre determinado adicional remuneratório que uma categoria de servidores públicos pleiteia. A ação coletiva permitiria analisar a questão e determinar o pagamento para todos. No entanto, ações coletivas possuem maior nível de complexidade, tramitam em varas da Fazenda Pública com maior quantidade de processos, passam por discussão probatória mais longa, geram novas discussões em graus

---

7 DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 45.



recursais. Já a propositura de ação individual contra o Poder Público pode ser proposta no Juizados Especiais da Fazenda Pública, que são gratuitos e mais rápidos, muitos advogados trabalham apenas com honorários de êxito e, por fim, em caso de derrota no primeiro grau não há sucumbência.

O relatório Justiça em Números, ano 2021, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ corrobora essa percepção. Em média, processos nos Juizados Especiais são sentenciados em 10 meses e a fase recursal leva 9 meses, de maneira que se pode alcançar o trânsito em julgado em 1 ano e 7 meses. Na Justiça comum, somente o primeiro grau tem duração média de 2 anos e 1 mês.<sup>8</sup>

Resultado: sob o ponto de vista do servidor individualmente não vale a pena esperar anos por uma decisão em ação coletiva quando há à disposição uma opção alternativa mais efetiva.

Em linguagem econômica, o indivíduo está diante de duas opções, (i) aguardar a solução via ação coletiva; ou (ii) propor ação individual nos Juizados da Fazenda. Escolher uma é abrir mão da outra, é o seu custo de oportunidade, aquilo que foi deixado de lado.<sup>9</sup> Ingressar com a ação individual tem custo de oportunidade baixo, porque aguardar a ação coletiva não é uma solução que atrai o indivíduo. Por isso, sob o ponto de vista do indivíduo, a opção pela ação individual é mais eficiente, porque maximiza o seu bem-estar.

Naturalmente, ao olhar para o sistema como um todo e pensar no bem-estar social, a solução via ação coletiva seria mais eficiente, porque reduziria a quantidade de ações na Justiça. Com menor quantidade de ações em estoque, o trâmite processual seria mais rápido, o custo da estrutura para manter os serviços do Judiciário também poderia ser menor.

---

8 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>, Acesso em: 20 fev. 2022.

9 COOTER; ULEN, 2010, p. 53.

Portanto, o que é pareto-eficiente sob a ótica do indivíduo é ineficiente sob o ponto de vista social. É por isso que o sistema processual prevê mecanismos para suspensão de ações individuais enquanto se discute a questão no plano macro, seja em ações coletivas ou em mecanismos específicos, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o IRDR (CPC, art. 982, inc. I). O tratamento do litígio do plano macro atende ao conceito de eficiência na perspectiva Kaldor-Hicks, pois o benefício social (tratamento uniforme, menor quantidade de atos processuais praticados e de demandas propostas) é superior ao benefício dos indivíduos com suas ações individuais (que ainda assim poderão se beneficiar por um julgamento favorável ao final).<sup>10</sup>

### 2.3 Custo de aprendizagem e a tendência à inércia

Ao analisar essa tomada de decisão do indivíduo, é possível perceber que, mesmo na via judicial, há diferentes opções para tutela de direitos. A escolha entre uma ação ordinária ou um mandado de segurança, por exemplo, conta na maioria das vezes com assessoria jurídica, ou seja, advogados indicam a seus clientes qual o melhor caminho a seguir para tutelar seus direitos.

O direito processual civil é uma disciplina consagrada e consolidada no currículo das faculdades de direito. No imaginário popular, a advocacia é muitas vezes identificada diretamente com os litígios no Judiciário. Advogados são vistos como aqueles que vão ingressar com ações e defender clientes na busca por 'Justiça'. A segunda fase da prova da OAB cobra conhecimento dos candidatos sobre como redigir uma peça processual.<sup>11</sup>

Em resumo, advogados são formados para litigar no Judiciário. Essa

---

10 Sobre o conceito de eficiência na ótica Kaldor-Hicks: COOTER; ULEN, 2010, p. 64-65.

11 Excepcionalmente há provas que pedem a elaboração de parecer, o que só confirma a regra de que a chave da aprovação na segunda fase é a peça.



formação molda o raciocínio do profissional; logo, diante de um caso novo, o leque de opções que vem à sua mente está ligado ao Judiciário. São décadas de formação técnica e atuação prática exclusivamente com esse mecanismo de solução de disputas.

Apenas recentemente os métodos alternativos de soluções de controvérsias têm sido debatidos mais intensamente.<sup>12</sup> Houve evolução legislativa sobre temas que tratam de soluções alternativas para litígios com o Poder Público, como arbitragem,<sup>13</sup> mediação<sup>14</sup> e comitês de resolução de disputas (*dispute boards*).<sup>15</sup> A consensualidade no âmbito administrativo também encontra mais espaço, a permitir hipóteses de negociação direta entre o Poder Público e o cidadão ou servidor.<sup>16</sup>

Ocorre que fazer a transição do Judiciário para esses mecanismos alternativos demanda enorme custo para advogados que já atuam no mercado. Não se trata apenas de dinheiro. Do ponto de vista econômico, o custo inclui tudo o que o indivíduo precisa mobilizar para uma atividade. Caberá ao agente analisar todo o esforço envolvido com a empreitada. Como destaca Maria Carla Pereira Ribeiro:<sup>17</sup>

---

12 Há estudiosos que preferem a expressão meios ‘adequados’ de solução de controvérsias ao uso de meios ‘alternativos’. A discussão acadêmica sobre a semântica passa ao largo dos objetivos deste artigo. Assim, seguiremos utilizando a expressão meios alternativos.

13 A Lei de Arbitragem foi modificada pela Lei nº 13.129/2015 para deixar clara a possibilidade de utilização da arbitragem pelo Poder Público.

14 A Lei de Mediação foi editada em 2015 (Lei nº 13.140) e possui um capítulo inteiro dedicado à composição do Poder Público – artigos 32 a 40.

15 A nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) prevê os comitês no artigo 154 como um dos meios alternativos à resolução de controvérsias. Há também legislações estaduais que regulam o tema, como a do município de São Paulo, Lei nº 16.873/2018.

16 O Código de Processo Civil trata do tema já em seu artigo 1º, cujo § 2º indica: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”

17 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 64.

Ao exercer seu poder de escolha, é certo que o agente procura analisar as características do negócio, do bem da vida ou do serviço pretendido. Para isso, observa as informações que lhe são disponibilizadas, e, em maior ou menor grau, considera os custos da operação, cotejando-os com os benefícios pretendidos.

Um advogado consolidado no mercado de litígios com o Poder Público no Judiciário precisa separar horas do seu dia para estudar métodos alternativos, horas estas que poderiam ser utilizadas para atender novos clientes, para lazer, descanso, tempo com a família. Será necessário gastar dinheiro com cursos, dinheiro este que poderia ser utilizado para férias, troca de carro, aposentadoria. Há também o custo reputacional de ingressar como um novato num novo ramo depois de tantos anos consolidando uma sólida reputação no mercado em litígios no Judiciário.

Portanto, é necessário mobilizar alto custo para aprender novos métodos de solução de disputas. Ao lado desse custo está a opção alternativa, o seu custo de oportunidade, que é permanecer com sua atuação advocatícia tradicional. Mudar a forma de atuar é, ao menos no curto prazo, muito mais custoso do que ficar onde está na sua caminhada profissional.

A questão de custos de aprendizagem de novas ferramentas para o advogado aparece em diversas situações. Lisa Spagnolo traz uma conclusão muito pragmática a esse respeito: “Se o advogado ainda puder ganhar os mesmos honorários sem investir em custos de familiarização e não perder negócios, ele pode maximizar racionalmente seus ganhos de curto prazo.”<sup>18</sup>

---

18 Tradução livre. No original: “*If the lawyer can still earn the same fee without investing in ‘start up’ costs of familiarisation and not lose business, the lawyer can rationally maximize his short term gains.*” No artigo, a professora da Universidade de Monash, Austrália, discute o custo para advogados que não foram treinados na Convenção sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, a CISG. Fonte: SPAGNOLO, Lisa. Rats in the Kaleidoscope: Rationality, Irrationality, and the Economics and Psychology of Opting in and Out of the CISG (Kaleidoscope Part II), **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, 13, v. 157, 2009, p. 162.

E o ser humano tem uma tendência natural à inércia – o que Thaler e Sustain chamam de viés do *status quo*: “As pessoas têm, por muitos motivos, uma tendência mais geral a manter sua situação atual”.<sup>19</sup> Maximizar seu bem-estar sob essa perspectiva é permanecer inerte, atuando da mesma forma que lhe foi ensinado na faculdade e que lhe permitiu construir uma carreira. É compreensível – e para muitos de nós, essa é a tomada de decisão mais comum.

#### **2.4 Conclusão parcial: a permanência no Judiciário como uma situação sub-ótima**

Litígios com o Poder Público no Judiciário sempre existirão, conforme demonstrado no item 2.1. O Estado brasileiro é responsável por muitas prestações e isso acarreta o surgimento natural de disputas. Além disso, o indivíduo opta por soluções individuais em Juizados Especiais da Fazenda Pública em detrimento da solução mais desejável socialmente, que seria a tutela coletiva (item 2.2). Disso resulta que a quantidade de ações no Judiciário é enorme, o que leva à demora na solução dos processos. Ainda assim, advogados seguem buscando a via do Judiciário para solução de litígios com o Poder Público, porque a opção por métodos alternativos demanda um custo individual muito grande (item 2.3).

O resultado da equação é que o sistema de solução de litígios com o Poder Público funciona em um nível sub-ótimo. Vale dizer, ainda que os métodos alternativos de solução de conflitos sejam eficientes para diversos litígios com o Poder Público, eles não são adotados como deveriam.

É possível tornar o sistema mais eficiente.

---

19 THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 37.

### 3. ALTERNATIVAS PARA QUE NÃO SE LITIGUE TANTO NO JUDICIÁRIO

O ponto de partida é compreender que há opções ao Judiciário para solução de litígios com o Poder Público. Essa é uma constatação que deve estar clara não apenas para a advocacia privada que precisa buscar a tutela dos direitos de seu cliente. É preciso que a Advocacia Pública também esteja ciente dessas alternativas. Afinal, todas as soluções apresentadas abaixo passam invariavelmente pela atuação dos órgãos de assessoria jurídica do Poder Público.

Se há alternativas, então há um mercado de opções. O objetivo da análise que se segue é apresentar diferentes métodos para evitar o litígio no Judiciário; todos podem ser utilizados em demandas já em curso para encerrar o litígio. No entanto, o objetivo aqui é focar na não-utilização do Judiciário, ou seja, é compreender como o método alternativo pode evitar que a ação judicial seja proposta.

Como ponto de partida, há de se compreender que a atual existência de métodos alternativos de solução de disputas com o Poder Público é fruto de grande evolução doutrinária e legislativa.

As lições clássicas do direito administrativo sempre tratavam da indisponibilidade do interesse público como um pilar essencial para a conduta do servidor público e, via de consequência, da Advocacia Pública. A forma de interpretar a indisponibilidade do interesse público esteve muito ligada à ideia de resistir, de não ceder, de não autorizar – e na esfera judicial o resultado disso é recorrer, recorrer e recorrer. Indisponibilidade do interesse público era sinônimo de intransigibilidade.

Nas últimas décadas, a compreensão da indisponibilidade do interesse público vai mudando de características e conteúdo. O Estado existe em função da sociedade; seu papel é o de atender ao cidadão e satisfazer-lhe os direitos. Não deve haver uma relação de antagonismo maniqueísta – cidadão X Estado. A Constituição da República exige do Estado uma postura ética e solidária no atendimento do interesse público. E muitas vezes o que

atende o interesse público é exatamente satisfazer a pretensão do cidadão.<sup>20</sup>

Ao lado disso, o princípio constitucional da eficiência (CR, art. 37) levou à compreensão de que resistir indefinidamente à pretensão do cidadão era socialmente indesejável, porque gerava mais custos para todo o sistema (Judiciário, Administração Pública).

Diante disso, o princípio da indisponibilidade do interesse público encontrou novo caminho. Transigir pode ser exatamente a conduta adequada para atender ao interesse público. Indisponibilidade já não é sinônimo de intransigibilidade.<sup>21</sup>

### 3.1 Negociação

A negociação direta entre o Poder Público e o servidor ou particular encontra um campo fértil de atuação para que se evite a judicialização de questões. O espaço para utilização da negociação é aquele em que não há necessidade de reconstrução de laços e relações (como na mediação, que será examinada a seguir). Litígios indenizatórios sem relação prolongada, por exemplo, são campo fértil para negociação.

Imagine um servidor que dirige o carro do órgão em que trabalha e bate no carro de outro particular. O servidor que danifica um equipamento do Estado precisa reparar o dano. O particular que sofreu o prejuízo tem de ser indenizado. Não há dúvidas quanto ao causador do dano, nem quanto ao dever de indenizar. A discussão é puramente patrimonial em ambos os casos.

A negociação direta com as partes pode ser altamente eficiente.

---

20 SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, *passim*.

21 No mesmo sentido: SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, p. 63.

### 3.2 Mediação

A mediação é a negociação assistida por terceiro, o mediador, cuja função é criar pontes para que as partes caminhem em busca de um acordo. É uma negociação que conta com um facilitador imparcial.<sup>22</sup> O campo potencial de mediação em litígios com o Poder Público é muito vasto.

Em especial, a mediação encontra um espaço muito produtivo em situações nas quais as relações entre as partes são mais duradouras. A mediação comunitária da rede pública de ensino, por exemplo, é extremamente eficiente e adequada. As pessoas ali envolvidas são alunos, professores, pais, diretores. Sua convivência se protraí ao longo de anos. Conflitos surgem e a solução não se limita a saber quem paga quanto em quantas parcelas, como na negociação direta.

É preciso reconstruir relações, e a mediação pode proporcionar isso.

### 3.3 Comitês de resolução de disputas

Os comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) são um mecanismo de governança para contratos de engenharia. Durante a execução da obra, podem surgir dúvidas e questionamentos sobre o desenvolvimento do projeto, material utilizado, qualidade do serviço, soluções para percalços naturais de obras complexas. Levar essas questões ao Judiciário é lançar a obra em um limbo, muitas vezes com interrupção dos trabalhos, deterioração de equipamentos, aumento de custos.

Para evitar isso, o contrato pode prever o funcionamento de um comitê de especialistas (engenheiros, por exemplo) que fica responsável pode emitir um parecer independente sobre a questão divergente entre as partes.

---

22 BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação e a Administração Pública**. São Paulo: CLA, 2021, p. 75.



A utilização do comitê é muito mais eficiente do que recorrer a perícias dentro de processos judiciais, cuja solução leva anos.

### 3.4 Arbitragem

A arbitragem é um meio de solução de conflitos heterocompositivo, diferente da negociação direta e da mediação. As partes não trabalham juntas em busca de uma solução comum. O processo é adversarial como no Judiciário, que resulta em uma decisão vinculante e definitiva para ambas as partes.<sup>23</sup> Há, porém, algumas vantagens, como a maior rapidez na solução do conflito. Em contratos de maior valor (concessões, fornecimentos de material ou serviços de grande monta), a arbitragem é uma solução mais eficiente do que o Judiciário, porque a demanda não se arrasta por tantos anos.

A arbitragem com o Poder Público tem encontrado campo mais fértil nos últimos anos. Superada longa discussão quanto à possibilidade de o Estado submeter seus contratos à solução arbitral, é possível perceber o crescimento da utilização desse mecanismo.

Além de sua previsão em contratos de concessão de obras e serviços públicos,<sup>24</sup> há hoje regulação para utilização de arbitragem em desapropriações.<sup>25</sup> E o Congresso Nacional debate a criação de regras para a arbitragem tributária.<sup>26</sup>

---

23 Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 26; BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-5.

24 A Lei de Licitações vigente trata especificamente da arbitragem nos artigos 151 e 152.

25 Lei nº 13.867/2019 prevê a utilização da mediação e da arbitragem em casos de desapropriação.

26 Há mais de um projeto de lei sobre o tema. O mais recente é o PL nº 4468/2020.

### 3.5 Transação e conciliação tributárias

A transação e a conciliação tributárias são ferramentas legais para quitar passivos tributários com a utilização de créditos de precatórios. O particular que possui um precatório a receber (originário ou cedido) apresenta esse crédito e quita dívidas em aberto com a Fazenda Pública. Em âmbito federal a matéria está regulada pela Lei nº 13.988/2020, e nos estados membros a matéria é disciplinada em regulamentos próprios.

### 3.6 Desjudicialização da cobrança da dívida tributária

A execução fiscal é o mecanismo tradicional para cobrança da dívida ativa dos entes públicos. E é também uma das grandes responsáveis pelo enorme estoque de ações judiciais brasileiro. Por décadas, a atuação da Advocacia Pública foi pautada pela movimentação constante das execuções fiscais, dentro a concepção de que não se poderia ‘abandonar’ a cobrança do crédito. Ao longo dos anos, mais execuções foram propostas, e as antigas seguiam tramitando. Como resultado tem-se um enorme congestionamento de ações em prejuízo da efetividade da cobrança.

Mais uma vez, os números do CNJ jogam luz sobre essa realidade. De acordo com o relatório de 2020 (referente aos dados de 2019), 43% das ações no primeiro grau de jurisdição da Justiça Estadual são execuções fiscais. Em São Paulo, esses números chegam a 63,5%. As execuções fiscais também respondem significativamente para a média da taxa de congestionamento, 87%. Vale dizer, “de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram baixados”.<sup>27</sup>

É possível dizer que nos últimos anos a gestão da dívida ativa melhorou em diversos estados. De um lado, percebeu-se que é preciso mapear

---

27 CNJ, **Justiça em números 2020**. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB\\_V2\\_SUMARIO\\_EXECUTIVO\\_CNJ\\_JN2020.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf). Acesso em: 18 fev. 2022.

quais créditos têm mais chances de serem recuperados e focar a atuação nesses devedores; de outro lado, é possível reduzir o estoque de execuções fiscais, seja pela prescrição de ações infrutíferas, seja pela utilização de mecanismos extrajudiciais de cobrança da dívida.

A cobrança pela via do protesto extrajudicial tem se mostrado muito eficiente na recuperação da dívida.

### **3.7 Conclusão parcial: o ‘mercado’ de soluções de litígios com o Poder Público é amplo**

Como visto ao longo desse item, há diversos mecanismos disponíveis para solução de litígios com o Poder Público. Cada um possui características próprias, de modo que é preciso identificar qual selecionar para o caso em disputa.

Ao observar a quantidade de opções indicadas ao longo deste item, retoma-se a conclusão parcial do item 2.4, tratar a utilização do Judiciário como opção central para solução de litígios com o Poder Público é ineficiente. Há ganhos de eficiência significativos com a utilização de outras formas de resolução de disputas.

Daí a questão que será examinada a seguir, como fazer para que esses métodos sejam mais utilizados.

## **4. COMO UTILIZAR MAIS O GRANDE MERCADO DE SOLUÇÕES DE DISPUTAS COM O PODER PÚBLICO?**

Deixar de utilizar o Judiciário em favor de métodos mais eficientes de solução de disputas com o Poder Público não é tarefa simples. Há grandes obstáculos a superar. O item 4.1 apresenta esses obstáculos e o item 4.2 propõe um caminho para superação.

#### 4.1 O Judiciário como caminho natural de solução de conflitos: efeito posse, dependência de trajetória (*path dependence*) e inércia

Como destacado no item 2.3, o ser humano tem uma tendência natural à inércia, a seguir praticando condutas com as quais já está acostumado e domina. No presente caso, isso se materializa na utilização recorrente do Judiciário como único mecanismo de solução de controvérsias com o Poder Público.

Tradicionalmente, a economia clássica trabalha com modelos teóricos de um indivíduo racional e capaz de tomar as melhores decisões para maximização de seu bem-estar. Na verdade, a extensão da racionalidade humana sofre inúmeras variáveis, intercorrências e vicissitudes, que interferem na decisão final sobre a realização ou não do negócio, tais como grau de escolaridade, origem, crença religiosa, ideais altruístas etc.<sup>28</sup> Além disso, é preciso considerar que a capacidade de processamento de informação pelo ser humano é limitada. Mesmo que haja plena acessibilidade ao plexo de informações que envolve a transação, a decisão final do indivíduo é, em alguma medida, limitada pela sua própria capacidade de internalizar e raciocinar sobre a informação.<sup>29</sup>

A economia comportamental tem trazido importantes aportes para compreensão do comportamento humano. Essa linha de pesquisa se afasta da concepção tradicional de que o ser humano é dotado de racionalidade plena; ao contrário, suas limitações intelectuais existem e, segundo Christine Jolls, são de três ordens, (i) racionalidade limitada, (ii) força de vontade limitada e (iii) interesse pessoal limitado.<sup>30</sup> A racionalidade foi acima examinada. A segunda faceta da limitação intelectual do ser humano está em

---

28 RIBEIRO, 2011, p. 66.

29 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. 2ª edição. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

30 JOLLS, Christine. Behavioral law and economics. In: MARCIANO, Alain. **Law and economics: a reader**. Londres: Routledge, 2009, p. 76.

sua incapacidade de seguir planos que ele próprio traçou para si (seguir uma dieta, economizar, completar os estudos), ou seja, a força de vontade não é igual em todos os indivíduos, alguns são mais sistemáticos e perseverantes; outros simplesmente não.

Por fim, a economia comportamental trabalha com a limitação do interesse pessoal. Aqui não se trata apenas de limitação da racionalidade, mas sim, de modo mais preciso, da preferência sobre o que lhe traz satisfação pessoal.

Um dos elementos com que trabalha a economia comportamental é o efeito posse ou efeito dotação (*endowment effect*), que demonstra que o indivíduo atribui mais valor ao bem que lhe foi dado (ou ao direito que lhe foi atribuído) do que o que não possui ou que não lhe foi atribuído.<sup>31</sup> Como destacam Sustein e Thaler,<sup>32</sup> “o estudo da relação custo-benefício não pode estar baseado na vontade de pagar, porque esta vontade é uma função da regra original”.

Fixados esses conceitos, é possível voltar ao tema dos litígios com o Poder Público.

Daí o questionamento: qual é a regra original? Qual é o ponto de partida das preferências de vontade do ser humano advogado brasileiro na tomada de decisão sobre o método de solução de disputas?

A regra pilar é aquela a que nos acostumamos praticamente desde o primeiro dia de aula na faculdade de direito: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CR, art. 5º, XXXV). Esse é o direito que ancora a estrutura de mental do advogado brasileiro. Centenas de livros e artigos foram escritos, palestras e aulas foram realizadas para reafirmar essa certeza. É direito de todos ir ao Judiciário para resolver suas disputas. Esse é o bom caminho, o único caminho, ‘o jeito certo’ de resolver.

---

31 JOLLS, 2009, p. 73.

32 No original: “[...] *the cost-benefit study cannot be based on willingness to pay (WTP), because WTP will be a function of the default rule*”. THALER; SUSTEIN, 2009, p. 31. Tradução livre.

Essa máxima foi sendo realimentada a cada nova ação, a cada novo cliente atendido, a cada novo advogado testado na prova da OAB com uma peça judicial. São décadas com esse discurso. Isso cria um caminho, uma trajetória da qual ficamos dependentes.

A esse respeito, valem as lições de Douglass North, economista norte-americano vencedor do prêmio Nobel em 1993 por seus estudos sobre história econômica e desenvolvimento das nações.<sup>33</sup> O ponto de partida para a compreensão do pensamento de North é o conceito de instituições. Segundo o economista, instituições são as regras do jogo em uma sociedade, ou seja, são as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação com os demais membros da sociedade.<sup>34</sup> North divide as instituições em formais e informais. As instituições formais são as regras escritas, o direito posto, as leis, os contratos e as decisões judiciais. Já as regras informais advêm do plexo de informações sociais transmitidas de geração em geração, ou seja, é a herança cultural de cada sociedade, criadas como forma de coordenação de relações interpessoais reiteradas. O estabelecimento das regras informais é um processo lento, pois está ligado à acumulação de conhecimento e à formação da cultura (crenças, mitos, interação social) de um povo. Os traços culturais possuem grande capacidade de sobrevivência e suas modificações não ocorrem por simples ruptura, mas sim por um processo de agregação paulatina (*incremental changes*). Isso significa que restrições informais derivadas de aspectos culturais não são modificadas imediatamente por alterações em regras formais.<sup>35</sup>

Com isso, chega-se a outro conceito-chave nos estudos de North, o de dependência de trajetória (*path dependence*). O economista norte-americano explica que esse longo processo de assimilação de mudanças

---

33 Naquele ano, o prêmio de economia foi dado a Douglass North e a Robert W. Fogel, também economista norte-americano, vinculado à Universidade de Chicago.

34 NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 16.

35 NORTH, 1990, p. 45.



pela cultura em uma determinada sociedade é responsável pela forma como as instituições evoluem e, portanto, é parte importante do caminho ditado pelo passado em relação ao futuro.<sup>36</sup>

Disso resulta que não é simples se afastar do Judiciário. Ainda que haja um farto leque de opções ao Judiciário para resolver disputas, todos esses métodos nascem como instituições formais, ou seja, foram editadas leis para criá-las. Isso não significa que façam parte da cultura jurídica brasileira, das nossas instituições informais.

Como examinado no item 2.3, o ser humano possui a natural tendência à inércia. Logo, afastar-se desse modelo mental e cultural é bastante difícil e demorado. Apenas com muito esforço e insistência é que se modifica a trajetória.

#### **4.2 Assimetria informacional: é preciso informar os agentes do mercado a respeito das diferentes opções para resolução de litígios**

Assimetria informacional é a diferença de nível de conhecimento existente entre os agentes em uma transação. Na compra de um automóvel usado, por exemplo, o vendedor conhece o histórico do veículo e possíveis defeitos, o que o coloca em posição de vantagem na negociação – inclusive para que adote um comportamento desonesto, oportunista.<sup>37</sup> Como destaca Marcia Carla Pereira Ribeiro, a “assimetria informacional impacta na vontade negocial”.<sup>38</sup>

---

36 NORTH, 1990, p. 44.

37 AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, vol. 84, n. 3, p. 489, agosto, 1970. Disponível em: <http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

38 RIBEIRO, 2011, p. 66.

Em termos de resolução de disputas, isso significa dizer que as partes precisam conhecer mais a respeito dos diferentes métodos. Enquanto o nível de conhecimento for baixo, sua utilização também ficará aquém do potencial. Em outras palavras, é preciso levar os métodos alternativos de solução de litígios ao conhecimento de mais agentes desse ‘mercado’. Isso significa informar mais e melhor advogados privados e públicos, além das próprias partes (cidadãos, servidores públicos, empresários, contribuintes).

Advogados públicos mais bem informados e treinados em métodos alternativos poderão desenvolver iniciativas eficientes na redução da litigiosidade no Judiciário. A esse respeito, o Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná tem realizado um trabalho de destaque na contratação de cursos e treinamentos em diferentes métodos alternativos, como mediação e arbitragem.<sup>39</sup>

Por sua vez, advogados privados não utilizarão – nem recomendarão a seus clientes – esses mecanismos se não houver conhecimento e confiança. A formação jurídica dos profissionais que estão hoje no mercado não contou com disciplinas específicas de métodos alternativos de resolução de disputas. Aos poucos essa realidade começa a mudar. Já há cursos de graduação que preveem em seu projeto pedagógico tais disciplinas. É o caso da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. O curso de Direito passou por reformulação de seu programa em 2019 e, dentre outras alterações, incluiu como disciplinas obrigatórias do curso a arbitragem e mediação e outros meios pacíficos de resolução de conflitos.<sup>40</sup>

Ainda nesse contexto, há instituições ligadas a métodos alternativos que promovem competições entre universidades para que os estudantes lidem com casos simulados em mediação e arbitragem – como é o caso da já

---

39 Como exemplo, veja-se a notícia no site da Instituição: <https://www.pge.pr.gov.br/Noticia/PGE-capacita-procuradores-em-negociacao-e-advocacia-na-mediacao>. Acesso em: 21 fev. 2022.

40 Disponível em: [https://static.pucpr.br/2018/07/re\\_203-2018\\_consun\\_direiro\\_curitiba\\_-\\_ok.pdf](https://static.pucpr.br/2018/07/re_203-2018_consun_direiro_curitiba_-_ok.pdf). Acesso em: 19 fev. 2022.

tradicional competição organizada pela Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil, a Camarb.<sup>41</sup> Assim, é possível perceber que novos ingressantes no mercado terão menor resistência aos métodos alternativos.

Em relação aos profissionais que já estão no mercado, a OAB, por suas diversas Seccionais, tem promovido debates, cursos e palestras na área. Há comissões temáticas específicas que difundem esses métodos alternativos.

Não é um trabalho simples, mas as sementes estão sendo plantadas. Levar conhecimento aos atores envolvidos em relação de disputas com o Poder Público é um importante passo para reduzir a litigiosidade no Judiciário.

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo examinou os litígios com o Poder Público a partir de alguns conceitos de análise econômica do direito. O Judiciário possui estoque de ações judiciais muito elevado e os resultados são ineficientes, notadamente pelo alto grau de morosidade. Ainda assim, essa é a primeira e principal opção a ser buscada na solução de disputas.

O artigo questiona por que tal escolha é feita mesmo diante de um significativo leque de opções alternativas de soluções de disputas. Afinal, se a ferramenta Judiciário é considerada ineficiente e seguimos utilizando em detrimento de outros métodos, há uma típica situação sub-ótima.

As explicações para a existência de número tão grande de ações estão relacionadas a diferentes fatores. Um deles é que o modelo de Estado brasileiro moldado pela Constituição Federal de 1988 estabelece uma série de políticas públicas de implementação de direitos pelo Poder Público. Disso

---

41 Informação sobre a competição podem ser encontradas aqui: <https://camarb.com.br/eventos/xii-competicao-brasileira-de-arbitragem-e-mediacao-empresarial-camarb/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

sempre resultarão conflitos e disputas que desaguarão no Judiciário. Além disso, apesar dos mecanismos de tutela coletiva de litígios (macro), é muito comum a utilização de ações individuais em Juizados Especiais da Fazenda Pública para tratamento em razão da rapidez e menor complexidade – além da ausência de custas e sucumbência (ao menos no primeiro grau de jurisdição). Por fim, a formação jurídica dos advogados foi moldada para resolver litígios no Judiciário. Advogados já consolidados no mercado tem diante de si um custo de aprendizagem muito significativo para migrar do Judiciário em direção a métodos alternativos.

Por outro lado, existe atualmente um mercado de opções ao Judiciário para solução de disputas com o Poder Público. São soluções consensuais ou adversariais mais rápidas, algumas mais simples, outras mais complexas – todas mais eficientes conforme as circunstâncias do direito a tutelar.

A maior utilização deste grande mercado de opções não é tarefa simples. O Judiciário é o caminho natural da cultura jurídica brasileira, o que cria uma trajetória de muitos anos. Soma-se a isso a natural inércia do ser humano, o que leva à retroalimentação do sistema de solução exclusiva pela via judicial.

Por fim, conclui-se que a superação desse modelo depende de forte redução da assimetria informacional, ou seja, a redução do desconhecimento dos agentes – advogados privados e públicos, servidores, cidadãos, empresários – quanto às opções fora do Judiciário para solução de disputas com o Poder Público.

## REFERÊNCIAS

AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, vol. 84, n. 3, p. 489, agosto, 1970. Disponível em: <http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**: nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.

BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação e a Administração Pública**. São Paulo: CLA, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça em Números ano 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Justiça em Números ano 2020**. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB\\_V2\\_SUMARIO\\_EXECUTIVO\\_CNJ\\_JN2020.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf). Acesso em: 18 fev. 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil**, vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2013.

JOLLS, Christine. Behavioral law and economics. *In*: MARCIANO, Alain. **Law and economics**: a reader. Londres: Routledge, 2009.

MACKAAY, Ejan. **Law and economics for civil law systems**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. 2ª edição. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

NORTH, Douglass. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

SPAGNOLO, Lisa. Rats in the Kaleidoscope: Rationality, Irrationality, and the Economics and Psychology of Opting in and Out of the CISG (Kaleidoscope Part II), **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, 13, v. 157, 2009.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.