

SOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS SOCIAIS NA ADVOCACIA PÚBLICA

Diogo Palau Flores dos Santos

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; advogado da União.

42

Resumo

O presente artigo procura estabelecer elementos que propiciem a solução adequada de conflitos no âmbito da Administração Pública. A razão primordial resulta na constatação do esgotamento de imposição coativa do Direito pelo Poder Judiciário e a necessidade de se criar mecanismos de aperfeiçoamento na Advocacia Pública

Palavras-chave: Solução de conflitos. Advocacia Pública.

Abstract

This paper seeks to establish elements that provide the adequate solution of conflicts in the scope of the Public Administration.. The primary reason is the finding of exhaustion of coercive imposition of Law by the Judiciary and the need to create mechanisms for improvement in Law of Attorney.

Key-words: solution of conflicts, public administration.

Sumário: I. Introdução. II. Ciclo de litigância III – Negociação e mediação proba na Administração Pública: necessidade de aperfeiçoamento. IV – Referências.

1. Introdução

O sistema de solução de conflitos pela via judicial tem se mostrado ineficaz para a solução dos anseios da sociedade, seja em relação à alta taxa de congestionamento seja em relação à falibilidade do modelo de resolução impositiva dos conflitos.

A presente parte do trabalho procura em determinada medida conciliar as premissas lançadas nos outros capítulos, mas de modo a não ignorar alguns dados e elementos indispensáveis; em outras palavras, procura-se por intermédio das letras que seguem desenvolver a temática de forma efetivamente real sem qualquer conotação que

poderia parecer utópica, como que poderia se eventualmente propalar, como a que a “conciliação é solução para os conflitos”.

A advertência acima é corroborada essencialmente ao se perceber que os mecanismos que incentivam a conciliação em determinadas culturas evidenciam um melhor resultado do que no Brasil tendo em vista a sua respectiva estruturação cultural e legal. Perceba-se que não seria adequado simplesmente se importar uma cultura de conciliação como a desenvolvida nos Estados Unidos, porquanto o sistema de acesso à jurisdição desse país propicia um volume menor de solução de conflitos de forma impositiva – comparativamente com o Brasil – essencialmente em razão da fase *pretrial*, inexistente em nosso sistema; o direito brasileiro pressupõe um direito subjetivo relativamente abstrato e presumido do demandante, que prescinde de provas para a propositura, situação totalmente diversa do modelo estadunidense.

Reconhece-se, portanto, que a sociedade brasileira é composta essencialmente por agentes que são litigantes em potencial, como em qualquer sociedade, onde o que vai nortear a forma de atuação das pessoas são as estruturas de incentivos dessa mesma sociedade.

Ressalte-se, neste aspecto, que os custos financeiros do processo para as partes estão inseridos nesse contexto de estrutura de incentivos, conforme já pontuado por Cândido Rangel Dinamarco:

O processo custa dinheiro. [...] A realidade é a necessidade de despender recursos financeiros, quer para o *exercício da jurisdição* pelo Estado, quer para a *defesa dos interesses das partes*. [...].

Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes, com o Estado exercendo a jurisdição à própria custa, sem repassar sequer parte desse custo aos consumidores do serviço que presta (DINAMARCO, 2005, p. 634-635)

Portanto, deve-se levar em consideração que a depender de como se estabelece o repasse do custeio do sistema judicial para as partes postulantes, pode-se ter um incremento do quantitativo de processos.

Nesse sentido, a doutrina especializada identifica diversas formas de repasse do custo financeiro do processo, como os modelos da *Regra inglês*, *Regra americana*,

*Sistema Continental, Sistema Marchall, Sistema Quayle, Pró-queixoso e Pró-infrator*²⁶, sendo que o sistema brasileiro atual se assemelha ao da *Regra Inglesa*, tendo em vista que “o perdedor da causa paga os custos do processo de ambas as partes” e na *Regra americana* cada uma das partes assume os respectivos “custos com a litigância”²⁷.

Assim, sob essa perspectiva, chega-se à conclusão que as regras processuais do sistema de repasse financeiro do custeio do processo no Brasil induzem ao aumento da litigiosidade, pois

[...] os sistema que mais incentivam o queixoso são também aqueles que impõem menores custos globais, e que os sistema introduzem relativa indeterminação no montante de custos das partes, são os sistemas, a priori, globalmente menos apelativos (como o sistema Mathew ou a regra inglesa – neste último caso, se as expectativas de êxito por cada uma das partes forem reduzidas). Comprova-se, assim, a contrario, que, com expectativas elevadas do queixoso, existirá um maior incentivo à litigância (meritória ou não) com a regra inglesa (DINAMARCO, 2005, p. 95-96)

Deve-se ter cautela ao se interpretar a situação da litigiosidade, bem como o de seu incentivo. Com efeito, a litigiosidade não é um mal por si só, porquanto são nos conflitos de interesses que se tem a possibilidade de modificação ou consolidação dos direitos previstos nos sistemas jurídicos. Assim, o simples fato de se ter um maior ou menor quantitativo de conflitos que devam ser dirimidos pelo sistema judicial não é nocivo para a sociedade. O que deve ser encarado dessa forma é a *litigiosidade excessiva* pois tal situação acaba por impedir a adequada análise dos conflitos pelos órgãos estatais, o que, em última instância acaba por não realizar o papel de cumprimento forçado do direito, tendo em vista que se reduz a probabilidade de adequação do que se pede com o que se dá em juízo.

Portanto, pelo que se evidencia da estruturação das regras processuais, sempre haverá um incentivo à litigiosidade, portanto, a realização de direitos pelo sistema judicial brasileiro sempre estará aquém do esperado pela sociedade, portanto subótima. Contudo, diversos estudos têm demonstrado que a sociedade brasileira vive um panorama muito

²⁶ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 95

²⁷ *Idem*, p. 83.

distante de um nível adequado de realização do Direito, considerando volume de processos, tema objeto do tópico seguinte.

2. Ciclo de litigância

Sem embargo das exposições anteriores do presente trabalho, que muito bem trabalham os problemas advindos do volume excessivo de processos, há a necessidade de se ter uma exata compreensão do fenômeno da litigância no Brasil.

Nesta parte do trabalho é crucial se ter em mente a linha teórica desenvolvido por Ivo Gico Junior a respeito do ciclo de litigância, para evidenciar que de uma forma ou de outra há sempre um aumento do volume de processos judiciais, conforme o desenvolvimento das interpretações e avanços no próprio Direito.

Com efeito, Ivo Gico não desconsidera a possibilidade de o juiz no sistema de *civil law* - como seria o brasileiro – adotar uma linha interpretativa mais elástica ou liberal:

Apesar dessa diferenciação tradicional entre o sistema romano-germânico e o sistema consuetudinário, em uma abordagem mais realista da dinâmica processual no sistema brasileiro, deve-se reconhecer que em muitos casos a legislação não estabelece uma regra clara a ser subsumida pelo magistrado. [...]

Por outro lado, na prática, mesmo regras jurídicas cujo conteúdo é perfeitamente inteligível podem ser alteradas pelo Judiciário a guisa de uma “interpretação” mais adequada.

[...]

Se até a legislação, na prática, pode ser alterada pelo Judiciário, então, mesmo no sistema brasileiro, em que não há a figura do precedente, é possível se aplicar o modelo econômico de criação judicial de regras jurídicas, pois a regra de facto não necessariamente é a regra que está prevista em lei, mas sim o resultado da aplicação (ou não) dessa regra pelo próprio Judiciário. Note-se que o argumento não é que o Judiciário nunca segue a lei e, por isso, ela pode ser ignorada para fins do modelo e o sistema brasileiro (romano-germânico) equiparado ao norte-americano (consuetudinário). O que argumentamos é que apesar de o nosso sistema ser preponderantemente baseado em leis e códigos, não raras vezes o Judiciário cria regras jurídicas a despeito do que prevê a legislação (mesmo na ausência de lacuna jurídica) e que, portanto, a prática judicial – para o bem ou para o mal – nos permite considerar o direito que limita as ações dos agentes como o resultado das decisões judiciais para fins de análise positiva (GICO Jr., 2012, p. 23-25)

Aliado a essa constatação, Ivo Gico desenvolve o conceito de “Capital Jurídico” para trabalhar como um produto a segurança jurídica e, a partir daí, desenvolver a sua tese econômica.

O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento. Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes econômicos podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. Essa previsibilidade, que chamaremos segurança jurídica, por sua vez, permite aos agentes econômicos saberem e negociarem ex ante a quem fica alocado o risco de um determinado evento.

[...]

O capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o resultado provável de um determinado conflito, caso fosse levado ao Judiciário, ergo, mais fácil alocar riscos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamentos oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes.

[...]

O estoque de capital jurídico é o conjunto de regras jurídicas previsivelmente aplicáveis a um caso concreto que foram se acumulando no decorrer do tempo em períodos anteriores ($t - 1$, $t - 2$, $t - 3$ etc.) (GICO Jr., 2012, p. 26-27).

Utilizando o exemplo da união homoafetiva admitida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e ADPF nº 132 e de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, Ivo Gico demonstra o impacto de mudança de entendimento jurisprudencial no Capital Jurídico de um país.

A vedação anterior [da união entre pessoas do mesmo sexo] e suas implicações jurídicas foram construídas durante o tempo e geravam segurança jurídica, isto é, integravam o capital jurídico. Com a mudança da regra, esse capital se depreciou e o Judiciário passou a ter de reconstruir nos períodos seguintes as regras associadas a esta nova possibilidade. Nesse sentido, o valor informacional das regras anteriores se depreciou (as regras tornaram-se obsoletas), isto é, ele diminuiu e precisou ser repostado por meio de novos investimentos em decisões judiciais, ainda em andamento. Note-se que, dada a natureza civilista de nosso sistema, essa depreciação poderia ser rapidamente repostada pelo investimento legislativo estabelecendo a regra jurídica para o casamento homossexual (permitindo-o ou proibindo-o novamente), que por ser obrigatória em todo território nacional (força cogente), tenderia a resolver a questão de forma unificada e rápida. Todavia, dada a natureza emocional, política e religiosa da questão, os custos de transação que devem ser incorridos para viabilizar a negociação política acerca dessa legislação tornam a

realização desse investimento jurídico proibitivo naquele momento (GICO Jr., 2012, p. 29).

Portanto, considerando uma necessidade de “resposta” à sociedade diante da criação de novos direitos, o Judiciário desenvolve novos parâmetros de decisão a serem utilizados, contudo, até que haja uma estabilização do entendimento, muitos processos vão ser gerados, aumentando o seu volume perante os Tribunais. Cria-se, assim, uma insegurança jurídica transitória, até que se consolide o entendimento.

Conforme explica Ivo Gico Jr:

Os retornos decrescentes do aumento do capital jurídico traduzem a ideia de que cada nova regra jurídica traz uma nova informação, mas um número excessivo de regras começa a tornar cada vez mais difícil diferenciar uma regra da outra, reduzindo o valor informacional acerca de como uma determinada disputa será decidida.

[...]

A utilidade do fluxo de informações gerado pelo estoque de capital jurídico decorre da possibilidade de os agentes saberem ex ante que comportamentos são permitidos pelo direito, que comportamentos são proibidos e as sanções jurídicas associadas a cada violação, inclusive sua magnitude (GICO Jr., 2012, p. 30-31).

Portanto, para que haja o desenvolvimento de um novo padrão de entendimento jurisprudencial, haverá um aumento do quantitativo de processos até que ocorra uma estabilização do novo entendimento, seja por intermédio de súmulas ou até da legislação. Assim, estabelece-se uma relação direta entre a segurança jurídica (Capital Jurídico) e o quantitativo de processos (nível de litigância):

A ligação direta entre o nível de litigância e o estoque de capital garante que os particulares realizarão, ao menos em parte, o investimento necessário (alocação de recursos) para a formação de novo capital jurídico e o deslocamento do estoque de capital no sentido do equilíbrio jurídico de longo prazo. Se esse incentivo é suficiente – do ponto de vista das partes litigantes – para alcançar este equilíbrio é uma questão mais complexa.

Releva observar, ainda nessa linha, que as partes litigantes não podem cobrar pelo resultado de seus processos em relação à sociedade, ou seja, com o estabelecimento de um novo entendimento por intermédio de uma nova decisão judicial as partes diretamente atingidas por aquele processo não poderiam negociar com o restante da parcela da

sociedade para que esta usufruísse daquele entendimento. Trata-se, portanto, de uma característica de “bem público” no conceito utilizado pela economia, ocorrendo, assim, externalidades positivas para toda a sociedade. Essa é provavelmente a razão por que há um grande incentivo para o acesso mais facilitado ao Judiciário, traduzido no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República²⁸). Nesse sentido, esclarece Ivo Gico Jr:

Considerando que o ganho privado decorrente de um acórdão é menor que o benefício social resultante, existe uma externalidade positiva na oferta de jurisprudência. Logo, provavelmente teremos um problema de suboferta de acórdãos. Como as partes litigantes não podem cobrar um preço pelo uso de jurisprudência formada a partir de seu caso, internalizando a externalidade (como faria, por exemplo, o autor de um livro ou o dono de uma patente), a presença de externalidades positivas parece justificar – ao menos em parte – a utilização de subsídios públicos à litigância, pelo menos em segunda instância. [...]

Subsidiar a litigância é justamente o que o Brasil vem fazendo nos últimos anos, quando (a) criou os juizados especiais de pequenas causas nos quais não é necessário um advogado e não há custas processuais; (b) criou a defensoria pública (advogados públicos pagos pelo contribuinte); (c) criou a assistência judiciária gratuita – AJG (possibilidade de alguém não ter de pagar custas processuais, mesmo na justiça comum, nem honorários de sucumbência); (d) manteve o sistema de custas processuais abaixo do custo social de cada processo; etc. Tudo isso significa que é o contribuinte quem arca com parte dos custos de cada processo e não a parte litigante, o que claramente é um subsídio ao litígio e à parte da sociedade que litiga. Todavia, [...] devido à forma como estruturadas e implementadas, essas políticas aumentam o nível geral de litigância, mas contribuem pouco para a formação de capital jurídico (GICO Jr., 2012, p. 31).

Portanto, havendo mutação de entendimento jurídico, principalmente ocasionado por pressões da própria sociedade na estipulação de novos direitos, haverá um aumento também do volume de processos. Contudo, até que haja uma solidificação de entendimento jurisprudencial, ocorrerá igualmente um alto nível de insegurança jurídica. Deve-se ressaltar, outrossim, que a segurança jurídica nunca será absoluta nestes termos, pois

[...] a insegurança jurídica como um todo nunca será eliminada, mas apenas mitigada, pois, à medida que novas leis são promulgadas ou há alterações nas condições socioeconômicas que estruturavam as relações jurídicas, deprecia-se o capital jurídico existente, surgindo novos surtos de litigiosidade que, por

²⁸ “Art. 5º. (...)XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

sua vez, dispararão respostas legislativas e/ou a formação de nova jurisprudência que, se dominante, recomporá o capital jurídico depreciado. O investimento em capital jurídico, tanto por meio de alteração legislativa quanto por mudança de jurisprudência, pode decorrer de uma série de pequenos problemas que geram mudanças incrementais ou de um único problema, tão relevante que seja capaz de atrair suficientemente a atenção de determinados grupos políticos para que a mudança seja rápida e drástica, caso em que há uma recomposição quase instantânea do capital (GICO Jr., 2012, p. 37).

Dessa forma, sempre haverá oscilações entre volumes de processos, ciclos temporais e quantitativos de demandas judiciais, a depender sempre de mudanças também cíclicas de entendimento jurídico e jurisprudencial.

Nessa linha, o correto seria falar em ciclos de litigância, pois é um processo contínuo, mas não periódico, podendo cada ciclo variar em duração. Os ciclos de litigância seriam, então, um tipo de flutuação na atividade litigiosa; cada ciclo composto por um período de expansão e um período de retração das taxas de litigância a que se seguiria uma nova fase de expansão (GICO Jr., 2012, p. 38).

Portanto, o crescente volume de processos que tem ocorrido nos últimos tempos são resultados dos próprios anseios sociais por mudanças nas normas jurídicas e por intermédio delas. Pode-se apontar como parte de um fluxo oscilante do próprio Direito, a partir do momento em que se passa a identificá-lo como o principal instrumento de correção dos problemas da sociedade contemporânea.

Assim, a existência de ciclos de litigância revela mais um sintoma da crise do ordenamento jurídico que propriamente o problema em si, ou seja, o volume excessivo de processos no Judiciário brasileiro não seria efetivamente a crise do processo, mas antes revelaria o problema porque passa o próprio Direito na contemporaneidade. A identificação desse problema é corroborado a partir do momento em se torna nítida a percepção que os males da sociedade devem ser resolvidos no e pelo Direito.

Ocorre que não há alternativa plausível que fuja da necessidade de consideração do aparato estatal na solução de litígios. Em outras palavras: ou se cria uma outra forma alternativa de solução de conflitos fora do Direito estatal ou se reconhece os problemas do formato atual e se tenta resolver de alguma forma. Trata-se de uma necessidade, portanto, de se ter como entender esse mecanismo e tentar solucionar de forma transitória os problemas advindos dos ciclos de litigância.

O primeiro ponto seria reconhecer o próprio paradoxo do Direito, no sentido de sua infalibilidade de conciliar os anseios da sociedade com a resposta por intermédio das normas jurídicas. Em sentido semelhante, assim é apontado por Marcelo Neves:

Não se pode, porém, imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito, a saber, entre justiça constitucional interna e externa. [...] O excesso de ênfase na consistência jurídico-constitucional pode levar a graves problemas de inadequação social do direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente. Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente. [...] o equilíbrio entre justiça constitucional interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicações do sistema jurídico estatal. Trata-se de um paradoxo funcional do direito, pois o aumento da consistência jurídica implica, em regra, a redução da adequação social do direito e vice-versa. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente: como fórmula de contingência, a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejadora de um “paraíso moral” de plena realização da justiça, assim como o fim da escassez como fórmula de contingência da economia conduziria a um “paraíso da abundância”, a saber, ao fim da economia (NEVES, 2009, p. 65-66)

Percebe-se, no entanto, que o estágio atual do presente ciclo de litigância está em patamares muito distantes ao ótimo suportável pelo Estado brasileiro, porquanto toda a sociedade corre o sério risco de não se ter a estabilização de suas expectativas normativas. Nesse ponto, as medidas conciliatórias²⁹ servem mais como um mecanismo de sobrevivência do próprio Direito, porquanto na atual conjuntura a ninguém é garantido que o socorro ao Poder Judiciário terá a satisfação ou garantia de seu direito. Assim, deve restar claro que toda e qualquer medida que vise a reduzir o quantitativo de processos judiciais funciona mais como uma tentativa de manter a litigância em patamares suportáveis pela sociedade, de modo a se ter um mínimo de segurança jurídica.

²⁹ Além de outros, como inovações normativas que acabam também por incentivar a conciliação ou o maior incremento de filtros recursais e medidas de resolução de processos repetitivos, conforme o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015). Destaque-se também, medidas de redução de litigiosidade no âmbito da própria Advocacia-Geral da União, como o programa desenvolvido pelo Departamento de Servidores Públicos da Procuradoria-Geral da União – DCM/PGU que reduzira em xx% o total de decisões desfavoráveis perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Portanto, considerando que a litigiosidade em si é salutar para a alimentação e retroalimentação do Direito e que na verdade não se teria como a superar definitivamente, porquanto seria a própria negação do Direito, pressupõe-se que as medidas conciliatórias devem pressupor uma estrutura de incentivos que reconheçam os reais interesses dos agentes envolvidos. Nesse aspecto é que entra em cena os princípios da Escola de Harvard, porquanto neles se procura desenvolver aspectos objetivos que trabalhem com os interesses das partes envolvidas.

Considerando essa premissa, busca-se no tópico seguinte desenvolver uma linha a ser trilhada no âmbito da Advocacia-Geral da União de modo a evidenciar um modelo que vá ao encontro dos interesses do ente público envolvido.

3. Negociação e mediação proba na Administração Pública: necessidade de aperfeiçoamento

A solução de conflitos de forma amigável parte essencialmente de vários aspectos subjetivos, que, de certa forma, já foram desenvolvidos no presente trabalho.

Com efeito, ao se considerar elementos como “satisfação pessoal” e “rapidez no término do processo” representam efetivamente aspectos que atingem interesses de pessoas individualmente consideradas que, em uma outra perspectiva, não encontrariam suporte na defesa dos interesses de uma instituição.

A afirmação acima é verdadeira se for considerado como elemento o tempo para solução de uma controvérsia, onde se verifica uma variada forma de percepção. Considerando um caso que possua como tempo médio de “vida processual” sobre a matéria X uma estimativa média de 10 (dez) anos para solução definitiva. Pode ser vislumbrada uma perspectiva diversa a partir do reivindicador da tutela do interesse (autor): uma pessoa com 18 (dezoito) anos possui naturalmente uma percepção diferenciada de uma outra de 70 (setenta) anos, podendo representar uma situação de maior tranquilidade/cautela por este, devido à experiência acumulada, e, por outro lado, àquele uma maior angústia, tendo em vista o contrário (ausência de experiência), ou justamente o contrário, considerando as perspectivas individuais de cada um em relação à expectativa de vida. O exemplo também poderia evidenciar uma perspectiva sob a ótica do demandado (réu), que poderia possuir um interesse na postergação da concessão do

pleito, a depender das opções que se lhes apresentam, ou justamente o contrário, uma solução mais célere em função de um sentimento de angústia por uma indefinição.

Portanto, muitos aspectos da Escola de Harvard fazem sentido em um ambiente de negociação quando os interesses em discussão são de natureza eminentemente individuais³⁰. Por essa lógica, não se poderia pressupor que o representante judicial do ente público agiria em conformidade com os seus interesses individuais, porquanto que, caso situação ocorresse, além de poder configurar eventual ilicitude, poderia justamente prejudicar a parte representada (União, Autarquias e Fundações Públicas). Ainda nessa linha de argumentação, poder-se-ia tranquilamente se vislumbrar a hipótese que o interesse individual do representante judicial seja a diminuição de processos e, considerando determinada demanda sob sua supervisão, qualquer proposta judicial que pusesse fim ao processo seria, na percepção individual desse agente, vantajosa. Perceba-se o risco de se enveredar pela perspectiva individual dos agentes, pois os interesses podem ser até escusos, em prejuízo ao ente público representado.

Essa é a razão pela qual se exige um patamar normativo para conciliação no âmbito da Advocacia-Geral da União, onde critérios são estabelecidos de modo a se ter uma pretensão de objetividade e lisura no procedimento.

Contudo, entende-se ainda pertinente se trabalhar na esfera de negociação com os interesses da parte contrária. Com efeito, neste passo, descarta-se inicialmente qualquer interesse do representante judicial e parte-se somente para a busca das necessidades, desejos, preocupações e temores do pretensa parte *ex adversa*. A premissa a ser adotada considera que o interessa do ente público representado será sempre financeiro³¹, o que, se procura desenvolver mais a frente, considerando projeto em andamento no âmbito do Departamento de Cálculos e Perícias – DCP/PGU

³⁰ Saliente-se que não se quer dizer critérios subjetivos, pois a Escola de Harvard trabalha com critérios objetivos. A afirmação acima é somente para chamar a atenção que o que se pressupõe nas tratativas são os diálogos entre pessoas.

³¹ Reconhece-se que os gestores públicos podem direcionar a diversidade de interesses a serem conduzidos pela Administração Pública, notadamente ao se considerar o estabelecimento, criação ou continuidade de políticas públicas. Contudo, considerando a multiplicidade desses “interesses”, adota-se como terreno seguro um ponto de partida comum para todos os outros, qual seja, o financeiro. Para uma problematização teórica da abordagem aqui adotada como estruturação da argumentação, vide

Portanto, como ponto de partida para uma esfera de negociação, deveria se perquirir quais os interesses da parte em negociação. Esse passo pode tem uma gama variada de extensão, começando-se primeiramente com o simples desembolso financeiro representativo de algum direito violado, até o reconhecimento de algum outro direito ou garantia que possa ou não representar impactos financeiros.

Dessa forma, um parâmetro seguro antes de se iniciar qualquer processo de negociação seria primeiramente encontrar as alternativas possíveis, explorar de forma abundante MAPAN (Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado), ou MASA (Melhor Alternativa Sem Acordo), já desenvolvidos neste trabalho.

Para tanto, como técnica inicial seria perquirir o panorama atual de processos ativos de uma mesma parte. Por exemplo, entidades de classe (sindicatos e associações) representam um grande volume de processos judiciais em face de entes públicos, ocorre que não raro muitos ambientes de negociação as partes vão debater ou discutir pontos controvertidos em um único processo de negociação, o que, via de regra, diminui o leque de alternativas para o representante judicial do ente público. Com efeito, medida mais prudente seria verificar todos os processos da entidade de classe, de modo a propiciar opções seguras para um começo aberto de negociação, onde não haveria cenário “perde-ganha”, mas sim “ganha-ganha”.

Dessa forma, pesquisas em bancos de dados dos Tribunais (“nome das partes”), SICAU e SAPIENS são instrumentos úteis para se encontrar um leque de opções. A partir dos dados encontrados perquirir primeiramente qual órgão competente responsável pela condução dos processos. Obviamente que se a alçada estiver sob a supervisão de uma mesma Procuradoria o trabalho é facilitado, mas não se deve descartar – aliás, ao contrário, incentivar – a interlocução diuturna entre todas as Procuradorias da União, Federal, da Fazenda Nacional e do Banco Central.

Como exemplo dessa possibilidade, cita-se o caso que fora conduzido pela Procuradoria-Geral da União sobre a diferença de valores dos repasses do Sistema Único de Saúde – SUS. Registre-se que a conciliação não fora levada à frente, considerando que se entendera arriscado do ponto de vista jurídico na criação de um precedente.

Aliás, este caso é um exemplo interessante não só para efeitos de como se deve proceder no ambiente negocial de modo a se ampliar as alternativas, mas também para o efeito de como as instituições devem agir e evitar problemas internos e externos.

Com efeito, nesse caso, como em outros, é natural que grupos de interesses, geralmente conduzidos por entidades de classe, busquem abrir um canal de negociação diretamente com alguém de esfera hierárquica alta na estrutura organizacional; não é raro que esses grupos busquem o diálogo diretamente com setores mais altos da Advocacia-Geral da União. Em regra, quando tal situação acontece, cria-se um cenário de se analisar as possibilidades de negociação sobre determinado processo, onde, muitas vezes, aquele que tenha trabalhado na elaboração da tese de defesa é instado a participar de reuniões. Ocorre que essa medida não é adequada, porquanto é natural que haja uma resistência desse profissional, seja por razões ordinárias de trabalho, seja pelo eventual apreço na condução da tese.

Portanto, como medida de resguardo de um correto ambiente institucional de negociação, dois pressupostos básicos devem ser adotados:

- 1) O diálogo entre as partes devem ser realizado por um canal próprio, que não podem ser pessoas em esfera hierárquica mais próxima do topo da gestão da Advocacia-Geral da União;
- 2) O canal de diálogo deve ser exclusivo e não difuso, onde pessoas da estrutura institucional tenham como praxe a negociação e não a defesa judicial.

As razões para que não se tenha um diálogo diretamente com pessoas mais próximas do topo da gestão (Procuradores-Gerais, Adjuntos, Ministro) se dá basicamente por duas razões principais:

- 1ª) o natural é que se desenvolvam tantas reuniões ou encontros quantos forem necessários até se chegar a um momento de deliberação de pontos comuns e contraditórios, e que sempre haverá o risco de se chegar a um momento que a esfera de decisão seja realizada pela autoridade superior; caso a negociação já parta “de cima”, quebra-se o ciclo com diminuição de alternativas para as partes, o acordo nesse caso “já vem pronto”, com probabilidade de perda para um das partes (geralmente, o ente público); e

2ª) há sempre o sentimento de insegurança por aqueles que auxiliariam na tomada de decisão para o fechamento de um acordo, seja por que participaram na argumentação de defesa seja porque vislumbram chances diminutas de extrair ganhos para o ente público representado.

Da mesma forma, há que se ter um canal exclusivo de negociação, como acontece no DPCONT/PGF, no DEE/PGU e Centrais de Negociação da PGU, de forma a se ter pessoas preparadas técnica e juridicamente, mas com possibilidade de dedicação maior às atividades relacionadas, como uma forma de incentivo à flexibilidade e abertura das alternativas de negociação possíveis. Uma advertência necessária nesse aspecto é que embora haja uma necessidade de centro responsável pela negociação, deve-se levar em consideração a necessidade se buscar sempre que possível reduzir a assimetria de informação.

Com efeito, em que pese isso seja algo relativamente simples de ser superado, diversos contextos de negociação exigem que se tenha o maior número de informações do caso/processo objeto; dados fidedignos, a compreensão correta dos fatos e o conhecimento jurídico das variadas questões suscitadas no conflito são elementos indispensáveis para um adequado exercício da função de negociador. Infelizmente não é raro que o representante do ente público, em face da incompletude das informações a ele disponíveis, figure como se fosse “vendido” na discussão, o que acaba por ocasionar em desperdício de tempo e, o que é pior, revelar um aparente despreparo para investidas futuras da outra parte. Há que se ter sempre a compreensão de se tentar manter sempre em condição de superioridade, pois, considerando as formas como são desenvolvidos os conflitos em face de entes públicos, é natural que a outra parte se encontre em condições favoráveis do ponto de vista informacional; portanto, toda investida em busca de informações para o começo de uma negociação sempre será subestimada, o que exige um esmero do negociador maior.

Outro ponto relevante a ser considerado se relaciona ao ganho financeiro do ente público no ambiente negocial, que perpassa por um desdobramento mais técnico do que se evidencia *a priori*. Essa análise é relevante, principalmente por se tentar estabelecer um padrão objetivo de formas seguras de acordo.

Com efeito, não é trivial a discussão sobre a necessidade de se envidar esforços para a solução de casos que já se encontram pacificados pela jurisprudência, porquanto fugiria a uma percepção de se dedicar mais trabalho para temas/casos/processos que exigem uma atenção maior em razão da complexidade. Trata-se, em devidas proporções, de um critério de eficiência mais ou menos intuitivo para todos aqueles que atuam na prática forense. Ocorre que, uma sinalização “intuitiva”, ainda que de certa forma generalizada, não pode ser utilizada sem critérios, sob pena de evidenciar um falso resultado sem base científica, além de exponenciar um maior grau de subjetividade na tomada de decisão.

Dessa forma, a hipótese de solução consensual de conflitos no âmbito da Advocacia-Geral da União precisa ser falseada (numa linguagem popperiana³²), de modo a verificar com que modelo ela sobrevive.

Para esse efeito serão utilizados nesta parte do trabalho um patamar objetivo que visa dar segurança aos agentes públicos envolvidos. Nesse ínterim se adotarão elementos sem considerar teses/casos/processos que sejam reiteradamente contrários às teses dos entes públicos em juízo, como forma de servir de modelo a ser trabalhado, criticado e/ou expandido.

Os elementos a serem propostos são os seguintes³³:

- I. Custo financeiro para AGU - *CostAGU*;
- II. Custo financeiro para a União considerando o desembolso financeiro advindo de eventual condenação - *CostU*;

³² “Contudo, só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação, não a *verificabilidade*, mas a *falseabilidade* de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: *deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico*”. (POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13 reimpr. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 42).

³³ Os elementos aqui citados são inspirados nos debates realizados no projeto “Custo de Oportunidade Processual” desenvolvido âmbito do Departamento de Cálculos e Perícias da Procuradoria-Geral da União – DCP/PGU. Há previsão para a conclusão dos trabalhos e criação do primeiro modelo é para final do mês de novembro de 2016.

- III. Tempo médio do processo – $TempM$;
- IV. Custo de manutenção ativa do processo – $CostAt$;
- V. Volume de Atividades Jurídicas totais realizadas – VTJ ; e
- VI. Volume de Atividades Jurídicas realizadas considerado determinado processo/tema histórico - $VTJ^{(n)}$

Poder-se-ia questionar das razões pelas quais não se considera o custo financeiro da estrutura do Poder Judiciário da União para a presente análise. Ocorre que por uma razão central esse elemento não será utilizado: o custo da estrutura do Poder Judiciário brasileiro envolve vários fatores que em regra giram em torno da atividade típica desenvolvida, qual seja, a solução de conflitos; se o que se está a trabalhar no presente momento é também a solução de conflitos, menos conflitos gerariam também menos custos para a formação daquela estrutura. Ademais, os agentes envolvidos na negociação não consideram a figura do juiz, terceiro imparcial que tem por escopo a imposição de resolução³⁴.

Primeiramente deve-se considerar um ano padrão para encontrar os elemento $CostAGU$. Para tanto, os dados orçamentários da Secretaria-Geral de Administração da Advocacia-Geral da União – SGAGU devem ser considerados.

Encontrado esse valor, há que se conjugá-lo com o IV elemento, de modo a se verificar o custo das atividades jurídicas no âmbito da AGU. Dessa forma, tem-se primeiramente:

$$CostVTJ = \frac{CostAGU}{VTJ}$$

Em seguida deve-se encontrar o custo financeiro para a manutenção ativa de um processo/tema:

$$CostAt = CostVTJ . VTJ(n)$$

Hipoteticamente, se o $CostAGU$ no ano de 2015 foi de R\$ 14 milhões e o VTJ nesse mesmo período foi de XXXX, encontra-se o $CostVTJ$ de XXX. Da mesma forma,

³⁴ Reconhece-se que no âmbito do Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) há uma participação mais colaborativa do juiz para uma solução conciliatória dos conflitos.

ao se considerar o volume de atividades jurídicas realizadas em processo que envolva “responsabilidade subsidiária” é de XXX, então o *CostAt* seria de XXX.

Passo seguinte é conjugar essa informação com o custo da União para o desembolso de financeiro decorrentes de condenações judiciais - *CostU*, englobando, portanto, os valores médios tanto precatórios judiciais quanto requisições de pequeno valor sobre o mesmo tema/processo objeto de análise do *VTJ*⁽ⁿ⁾, para o fim de encontrar o primeiro elemento de eficiência de atuação, onde, necessariamente:

$$CostAt < CostU$$

Portanto, a atuação de defesa em juízo sempre deverá ser desenvolvida quando o custo de manutenção ativa do processo for inferior ao custo médio da União para o pagamento de valores decorrentes de condenações judiciais sobre um determinado tema/processo.

Seguindo um exemplo, se o *CostAt* é XXX e o *CostU* é YYYYY, entende-se que qualquer medida ou atuação processual que permita a sobrevivência do processo não seria eficiente.

Por outro lado, há que se considerar que a sistemática de atualização/remuneração financeira é diversa para os fins orçamentários (que em regra adota o IPCA), para fins de cobrança (em regra, SELIC) e pagamento (em regra, TR³⁵), o que atrairia uma percepção inicial de que há um incentivo a manutenção ativa do processo, considerando que o critério de correção monetária da lógica orçamentária é superior ao do pagamento. Contudo, ainda assim o modelo é possível, considerando que se deve agregar o elemento *TempM* onde, em que pese a diversidade de grandezas numéricas, haveria um ponto de equilíbrio, encontrando-se a eficiência:

Assim, no momento que o custo de manutenção ativa do processo encontrar o custo de desembolso financeiro qualquer postergação do processo seria ineficiente. Da mesma forma, é possível se fazer regressões de modo a se saber em determinada fase processual os percentuais de deságio ideais para aquele tipo de processo, bem como, se

³⁵ Há sinalização de mudança de entendimento perante o STF por intermédio do RE; contudo, pelo que se evidencia a disparidade na forma de atualização ainda permaneceria, considerando que se adotaria o IPCA-e e não o IPCA.

verificar *ab initio* se seria eficiente reconhecer o pedido desde logo, ou estabelecer uma percentual de deságio para o pedido maior.

Outro exemplo

Infelizmente ainda não é possível se ter essa precisão técnica, contudo, sinalização é promissora com o término de algumas etapas de projetos institucionais, como é o caso já referido aqui do “Custo de Oportunidade Processual” do DCP/PGU.

Para finalizar o presente trabalho, insta ressaltar que em um ambiente de negociação, qualquer que seja o cenário, é sempre recomendável que a abertura do diálogo seja feita de forma ética, de modo a registrar que qualquer medida ou etapas vencidas por reuniões não sejam levadas a um processo judicial, porquanto além de poder configurar deslealdade institucional, poderia dar ensejo a alguma responsabilização.

Perceba-se que, nesse aspecto, ao se exigir a exclusividade por parte dos atores no âmbito da Advocacia-Geral da União, de certa forma o risco de deslealdade acima referido é mitigado; contudo, não há qualquer garantia de que a outra parte assim também se comporte. Como uma forma de incentivar um comportamento leal entre as partes, por ocasião do começo das negociações seria prudente se fazer um registro que funcionaria como um “pré-acordo” em caso de eventual utilização de informações colhidas nas reuniões, estabelecendo, inclusive alguma espécie de indenização compensatória, a ser estipulada em patamar razoável conforme o eventual ganho financeiro objeto da negociação. Nesse pré-acordo, que atuaria de forma semelhante aos *gentlemen’s agreement* das relações internacionais, não seria desarrazoado se estipular uma “cláusula de confidencialidade” para o efeito de vincular as partes da negociação.

Referências

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol II. 5 ed São Paulo: Malheiros, 2005

GICO JR, Ivo. **A tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de Doutorado em Economia, Brasília: 2012, Universidade de Brasília – UnB.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Martins Fontes: São Paulo, 2009.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13 reimpr. São Paulo: Cultrix, 2007.

SANTOS, Diogo Palau F. **Processo Judicial como matriz do Desenvolvimento Econômico**. Tese de Doutorado em Direito, São Paulo: 2013, Faculdade Autônoma de Direito, FADISP.

URY, William. **O Poder do NÃO Positivo: Como dizer NÃO e ainda chegar ao SIM**. Tradução Regina Lyra.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.