

# Título: O Acordo do Campo de Marte. Análise de um conflito federativo.

Subtítulo: Do modelo de escolhas racionais da economia clássica à *bounded rationality* e *prospect theory* da economia comportamental. Como a compreensão desses modelos pode auxiliar a melhorar o desempenho negocial dos agentes públicos?

Autor: José Roberto da Cunha Peixoto

---

Orientadora: Bianca Bez Goulart

Coletânea de Pós-Graduação  
Análise Econômica do Direito



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL  
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

### **MINISTROS**

Bruno Dantas (Presidente)  
Vital do Rêgo Filho (Vice-Presidente)  
Walton Alencar Rodrigues  
Benjamin Zymler  
Augusto Nardes  
Aroldo Cedraz  
Vital do Rêgo  
Jorge Oliveira  
Antonio Anastasia

### **MINISTROS-SUBSTITUTOS**

Augusto Sherman Cavalcanti  
Marcos Bemquerer Costa  
Weder de Oliveira

### **MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU**

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)  
Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)  
Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)  
Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)  
Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)  
Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)  
Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



**DIRETORA-GERAL**

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,  
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO  
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

**CONSELHO ACADÊMICO**

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

**COORDENADORA ACADÊMICA**

Débora Costa Ferreira

**COORDENADORA PEDAGÓGICA**

Flávio Sposto Pompêo

**COORDENADORA EXECUTIVA**

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

**PROJETO GRÁFICO E CAPA**

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

## **Título: O Acordo do Campo de Marte. Análise de um conflito federativo.**

Subtítulo: Do modelo de escolhas racionais da economia clássica à *bounded rationality e prospect theory* da economia comportamental. Como a compreensão desses modelos pode auxiliar a melhorar o desempenho negocial dos agentes públicos?

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista.

**Orientador(a):**

Prof.<sup>a</sup> BIANCA BEZ GOULART

**Banca examinadora:**

Prof.<sup>a</sup> KALINE SANTOS FERREIRA

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

PEIXOTO, José Roberto da Cunha. Título: O Acordo do Campo de Marte. Análise de um conflito federativo. Subtítulo: Do modelo de escolhas racionais da economia clássica à *bounded rationality* e *prospect theory* da economia comportamental. Como a compreensão desses modelos pode auxiliar a melhorar o desempenho negocial dos agentes públicos? 2023. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF. 2022 fl.

## CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO(A) AUTOR(A): JOSÉ ROBERTO DA CUNHA PEIXOTO

TÍTULO: Especialista

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedido ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso e emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

---

Nome: José Roberto da Cunha Peixoto

E-mail: jrobertocp@gmail.com

## FICHA CATALOGRÁFICA

L131a PEIXOTO, José Roberto da Cunha

Título: O Acordo do Campo de Marte. Análise de um conflito federativo. Subtítulo: Do modelo de escolhas racionais da economia clássica à *bounded rationality* e *prospect theory* da economia comportamental. Como a compreensão desses modelos pode auxiliar a melhorar o desempenho negocial dos agentes públicos?  
Autor: PEIXOTO, José Roberto da Cunha – Brasília: ISC/TCU, 2023.  
fl. (Monografia de Especialização)

1. Análise Econômica do Direito. 2. Direito Processual Civil.  
3.Acordos em Conflito Federativo. I. Título.

CDU 02  
CDD 020

## **Título: O Acordo do Campo de Marte. Análise de um conflito federativo.**

Subtítulo: Do modelo de escolhas racionais da economia clássica à *bounded rationality e prospect theory* da economia comportamental. Como a compreensão desses modelos pode auxiliar a melhorar o desempenho negocial dos agentes públicos?

**Autor: JOSÉ ROBERTO DA CUNHA PEIXOTO**

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Análise Econômica do Direito realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista.

Brasília, 20 de março de 2023.

**Banca Examinadora:**

---

Prof.<sup>a</sup> BIANCA BEZ GOULART  
Orientadora

---

Prof.<sup>a</sup> KALINE SANTOS FERREIRA, Dr.<sup>a</sup>  
Avaliadora

## Resumo

O presente estudo objetiva demonstrar, a partir do estudo de caso do Acordo do Campo de Marte conduzido pela Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF/AGU), como a compreensão do modelo de escolhas racionais da economia clássica, da *bounded rationality* e da *prospect theory* da economia comportamental pode auxiliar a melhorar o desempenho negocial dos agentes públicos. Objetiva, ainda, estudar como ocorre a formação das heurísticas e dos vieses cognitivos nas negociações em conflitos federativos entre a União e os entes subnacionais (Estados e Municípios) e como elas impactam a tomada de decisões pelos gestores públicos do Ministério da Economia nessas negociações, especialmente quando envolvem eventual compensação de dívidas judiciais da União com créditos de contratos da dívida pública desses entes subnacionais (art. 100, § 21, da CF/88).

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito – Análise do Acordo do Campo de Marte – Conflito Federativo Fiscal.

## Abstract

By the case study of the “Campo de Marte” Agreement conducted by the Chamber of Mediation and Conciliation of the Federal Public Administration (CCAF/AGU), this study is an attempt to demonstrate how the understanding of the model of rational choices of classical economics, bounded rationality and prospect theory of behavioral economics can help to improve the negotiation performance of public agents. This essay yet tries to analyze how the formation of heuristics and cognitive biases occurs in negotiations in federative conflicts between the Union and subnational entities (States and Municipalities) and how they impact decision-making by public managers of the Ministry of Economy in these negotiations, especially when they involve eventual compensation of the Union's judicial debts with credits from public debt contracts of these subnational entities (art. 100, § 21, of CF/88).

**Keywords:** Law and Economics – “Campo de Marte” Agreement study – Federative Fiscal Conflict.



## Lista de abreviaturas e siglas

ACO	Ação Cível Originária
AED	Análise Econômica do Direito
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADR	Alternative Dispute Resolutions
AGU	Advocacia-Geral da União
BATNA	Best Alternativa to a Negotiated Agreement
CCAF Federal	Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública
CEO	Chief Executive Officer
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COMAER	Comando da Aeronáutica
DCP	Departamento de Cálculos e Perícias
DPP	Departamento de Patrimônio e Probidade
FORD	FORD Motor Company
IGP-DI	Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
LC	Lei Complementar
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
ME	Ministério da Economia
MASA	Melhor Alternativa Sem Acordo
MI	Ministério da Infraestrutura
MP	Medida Provisória

RESP	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
SAPIENS	Sistema AGU de Inteligência Jurídica
SPU	Secretaria de Patrimônio da União
TCC	Trabalho de Conclusão de Curso
TRF	Tribunal Regional Federal
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PGU	Procuradoria-Geral da União
SEI	Sistema Eletrônico de Informações do Ministério da Economia
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e de Custódia
SGCT	Secretaria-Geral de Contencioso
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ZOPA	Zona de Possível Acordo

## Sumário

<b>1. Introdução .....</b>	<b>12</b>
<b>2. Problema e justificativa .....</b>	<b>17</b>
<b>3. Objetivos .....</b>	<b>19</b>
3.1. Objetivo geral.....	19
3.2. Objetivos específicos .....	19
<b>4. Metodologia .....</b>	<b>20</b>
4.1. Análise documental: as manifestações técnicas sobre impedimentos, vantajosidade e legalidade do acordo .....	20
4.2. Entrevistas semiestruturadas: justificativas .....	20
<b>5. Desenvolvimento .....</b>	<b>21</b>
5.1. Sobre o Acordo do CAMPO DE MARTE .....	21
5.1.1. Fatos que originaram o direito de indenização da União ao Município de São Paulo .....	21
5.1.2. Fatos que originaram a dívida do Município de São Paulo com a União.....	25
5.1.3. A construção do acordo na CCAF/AGU .....	26
5.2. Referencial Teórico.....	29
5.2.1. Enfoque do Modelo da Escolha Racional – melhor decisão economicamente possível para ambos os lados?.....	30
5.2.2. Racionalidade <i>versus</i> escassez .....	31
5.2.2.1. Decisão sobre litigar ou celebrar acordo sob a ótica do modelo da escolha racional.....	36
5.2.2.2. A maximização da utilidade esperada e as atitudes em relação ao risco e em relação à incerteza.....	40
5.2.3. A <i>Bounded Rationality</i> (Homem Econômico x Homem Real) .....	44
5.2.4. A <i>Prospect Theory</i> e a influência das heurísticas e dos vieses cognitivos .....	46
5.2.5. As heurísticas da representatividade, da disponibilidade, da ancoragem, do afeto e do excesso de confiança .....	49
5.2.6. Os vieses confirmatórios, egocêntrico e otimista .....	51
5.2.7. A arquitetura de escolhas, a psicologia e a sua influência na tomada de decisão sob a lógica da <i>Prospect Theory</i> .....	52
5.3. A pesquisa aplicada ao estudo de caso: as heurísticas e os vieses de atrapalharam a tomada de decisão? .....	55
5.3.1. Entrevistas semiestruturadas: justificativas para cada entrevista e o poder de decisão de cada ator entrevistado .....	55
5.3.2. O contexto psicológico envolvendo a decisão de litigar no conflito federativo (histórico de decisões do STF) e a avaliação do seu impacto no acordo do Campo de Marte .....	60
5.3.3. A tomada de decisão política e as manifestações técnicas sobre a vantajosidade e legalidade do acordo. Avaliação do seu impacto nas decisões no acordo do Campo de Marte (incidência de heurísticas e de vieses cognitivos?).....	68
5.4. Conclusão: como o conhecimento sobre o ferramental da economia comportamental poderia ter auxiliado no processo de tomada de decisão nas negociações entabuladas no caso concreto? .....	80

## 1. Introdução

Desde que o processo de redemocratização que se consolidou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988 (CF/88), o país vem reconstruindo suas relações jurídicas e político-administrativas a partir de um novo modelo judicial, baseado em cláusulas constitucionais pétreas que asseguram, com a natureza de direitos fundamentais insculpidos em incisos do seu art. 5º, a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (*caput*), não podendo a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV)<sup>1</sup>.

A partir dessas cláusulas mais amplas, o texto constitucional prossegue assegurando outros aspectos processuais e materiais que o Constituinte originário pretendeu fossem protegidos por cláusulas pétreas<sup>2</sup>.

A despeito de todo esse arcabouço político-constitucional de resguardo às tutelas individuais e coletivas, a percepção comum a todos os brasileiros, nesses mais de 30 (trinta) anos da CF/88, é o de que a Justiça<sup>3</sup>, em geral, é morosa ou não funciona como deveria, em prejuízo da estabilidade e previsibilidade jurídica e do desenvolvimento econômico nacional.

Segundo o CNJ, mais de trinta e dois anos após a promulgação da CF/88, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 15,3 milhões, ou seja, 19,8%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-

---

<sup>1</sup> CRFB, de 05 de outubro de 1.988. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 1988; Fonte: D.O.U de 05/10/1988, pág. nº 1.

<sup>2</sup> As cláusulas são as seguintes: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (inciso XXXVI); de não ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (inciso LIII); de não ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV); aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV); de inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI); de proibição de restrição da publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (inciso LX); de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, de *habeas corpus* ou de *habeas data*, como ações constitucionais de proteção imediata aos direitos fundamentais contra ilegalidade ou abuso de poder proveniente de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (inciso LXIX)

<sup>3</sup> “Justiça” no texto acima é utilizado no sentido estrito de resolução de conflitos por meio de acesso ao Poder Judiciário, na forma do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

se que, em andamento, ao final do ano de 2021, existiam 62 milhões de ações judiciais.<sup>4</sup>

Durante o ano de 2021, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 27,7 milhões de processos e foram baixados 26,9 milhões. Houve crescimento dos casos novos em 10,4%, com aumento dos casos solucionados em 11,1%. Tanto a demanda pelos serviços de justiça, como o volume de processos baixados tinha reduzido em 2020 em razão do ano pandêmico e, em seguida, em 2021, voltaram a subir. Os números de 2021, contudo, ainda não retornaram aos patamares pré-pandemia, referentes ao ano de 2019.<sup>5</sup>

Desde que iniciado esse mapeamento, em 2013, o enorme volume de novos processos que ingressam no sistema judicial a cada ano tem revelado uma grande aptidão da população brasileira para buscar a solução de seus conflitos interpessoais por meio do Poder Judiciário.

Diante desse cenário, surge uma inquietação inicial sobre os níveis de efetividade ou de eficiência<sup>6</sup> de todo esse alicerce institucional de nossa atual Carta Magna para os fins avaliação da maximização da soma das utilidades individuais e de aumento de bem-estar social.

Será que, diante de normas aparentemente muito orientadas para estímulo do uso do processo judicial para proteção judicial de direitos fundamentais (cláusula de garantia de acesso ao Poder Judiciário e de toda a estrutura jurídico-processual infraconstitucional dela decorrente), podemos ter criado uma arquitetura de escolhas, a partir da abordagem de THALER e SUSTEIN<sup>7</sup>, de incentivos ou de estímulos institucionais mais focados na construção de uma cultura de litígio ou, pelo menos, de fomento à solução dos conflitos entre partes privadas, ou entre partes privadas e o poder público por meio do acesso ao Poder Judiciário?

Nessa hipótese desse desenho de arquitetura de escolhas, será que as cláusulas constitucionais acima mencionadas institucionalizaram no Brasil um sistema

---

<sup>4</sup> Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2022 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022; pág. 104. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>

<sup>5</sup> CNJ; Op. Cit., pág. 105.

<sup>6</sup> Sobre o **conceito de eficiência** das regras processuais civis brasileiras e de acesso ao Poder Judiciário, a partir de Posner a Shavell/Kaplow e Calabresi, vale conferir o capítulo 3.1 da obra de WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, pág. 138 a 163.

<sup>7</sup> THALER, Richard H. *Nudge? Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*/Richard H. Thaler. Cass R. Sustein: tradução Ângelo Lessa – 1ª edição – Rio de Janeiro: Objetiva. 2019, pág. 97 – 98.

psicológico e comportamental de estímulo ao litígio? E, dentro desse contexto, pode estar ocorrendo um grande empoderamento do processo judicial como a principal forma de solução de conflitos, tornando as partes cada vez mais desestimuladas para autocomposição de seus conflitos por meio de negociação ou mediação?

Parte dessas perguntas são pesquisáveis por meio de análise dos resultados estatísticos dos relatórios “Justiça em Números” (CNJ), os quais tem estimulado diversas pesquisas acadêmicas sobre a crise do Judiciário, que serão retratadas parcialmente no presente estudo, inclusive sob a perspectiva da tragédia dos comuns, tão bem retratada por Garret Hardin (1968) e sua aplicabilidade teórica e empírica da sobreutilização do *bem comum* representado pela garantia de acesso ao Poder Judiciário, a partir da perspectiva da análise econômica de que os recursos dedicados pelo Estado a essa função pública são igualmente escassos<sup>8</sup>.

De fato, a tragédia dos comuns, a partir da visão microeconômica e da ideia de que a arquitetura de escolhas gera estímulos comportamentais e psicológicos nos agentes econômicos, não se limita ao mundo meramente privado, pois impacta igualmente a esfera de tomada de decisões de agentes públicos nas searas administrativas e/ou judicial, afetado o seu racional jurídico e econômico sobre a decisão de buscar o litígio ou a via da autocomposição de seus conflitos.

Na verdade, o Estado-administração assume papel de destaque nos atuais índices de judicialização, como se extrai do mencionado relatório anual do **Justiça em números** (CNJ).

Para o objeto de presente estudo, ganha peculiar interesse um outro contexto, os dados constantes do relatório de gestão do Supremo Tribunal Federa de 2019<sup>9</sup>, onde pode se verificar que, entre os anos de 2016 e 2019, foram ajuizadas 24.057 ações originárias perante a Corte Suprema, conforme a sua competência estabelecida no art. 102, inciso I, da CF/88<sup>10</sup>, conforme gráficos abaixo:

---

<sup>8</sup> GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?* Bianca Bez Goulart – 2. Ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021, pág. 27.

<sup>9</sup> Supremo Tribunal Federal. Relatório de Gestão 2019 – Brasília; STF, 2019, pág. 84. Encontrável em: [https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4481/1222629\\_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4481/1222629_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>10</sup> Op. Cit., CRFB, de 05 de outubro de 1.988.

Tabela 2 – Recebimento de processos originários por classe<sup>1</sup>

	Classe originária	2016	2017	2018	2019
Controle concentrado	Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)	6	6	8	7
	Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)	195	237	178	241
	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)	1	9	5	4
	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)	60	68	54	82
	<b>Total</b>	<b>262</b>	<b>320</b>	<b>245</b>	<b>334</b>
Classes criminais	Ação Penal (AP)	27	25	12	6
	Execução Penal (EP)	1	0	0	1
	Extradicação (Ext)	48	33	34	38
	<i>Habeas Corpus</i> (HC)	6.554	11.327	13.815	11.784
	Inquérito (Inq)	136	233	43	15
	Prisão Preventiva para Extradicação (PPE)	34	28	27	27
	Recurso Crime (RC)	1	0	1	1
	Recurso em <i>Habeas Corpus</i> (RHC)	621	952	1.061	1.446
	Revisão Criminal (RvC)	6	14	10	11
	<b>Total</b>	<b>7.428</b>	<b>12.612</b>	<b>15.003</b>	<b>13.329</b>
Demais originárias	Ação Cautelar (AC)	168	42	15	9
	Ação Cível Originária (ACO)	171	123	119	125
	Ação Originária (AO)	81	202	88	69
	Ação Originária Especial (AOE)	2	1	0	0
	Ação Rescisória (AR)	105	45	87	47
	Arguição de Impedimento (Almp)	10	13	2	3
	Arguição de Suspeição (AS)	1	7	4	2
	Comunicação (Cm)	2	0	1	0
	Conflito de Competência (CC)	23	41	55	74
	Exceção de Incompetência (EI)	1	2	0	3
	<i>Habeas Data</i> (HD)	3	0	1	2
	Intervenção Federal (IF)	1	1	3	1
	Mandado de Injunção (MI)	92	176	236	189
	Mandado de Segurança (MS)	466	729	633	505
	Petição (Pet)	449	718	438	418
	Proposta de Súmula Vinculante (PSV)	5	5	8	3
	Reclamação (Rcl)	3.291	3.326	3.467	5.789
	Recurso em Mandado de Injunção (RMI)	0	0	1	2
	Recurso em Mandado de Segurança (RMS)	133	148	121	157
	Recurso ordinário em <i>Habeas Data</i> (RHD)	0	0	0	1
Suspensão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (SIRDR)	0	0	3	1	

	Classe originária	2016	2017	2018	2019
Demais originárias	Suspensão de Liminar (SL)	123	54	51	90
	Suspensão de Segurança (SS)	60	51	54	75
	Suspensão de Tutela Provisória (STP)	30	16	106	61
	Tutela Provisória Antecedente (TPA)	0	0	9	12
	<b>Total</b>	<b>5.217</b>	<b>5.700</b>	<b>5.502</b>	<b>7.638</b>

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF (Universo Processos) e Relatório de Atividades 2018. Dados extraídos em 2/1/2020.

Dentro desse plexo de processos de competência originária, estão inseridos, mais especificamente, milhares de conflitos de natureza federativa, envolvendo Estados da Federação e a União, especialmente os conflitos do assim denominado Federalismo Fiscal.

A despeito da aptidão da população brasileira de exercer o seu direito de acesso ao Judiciário, os resultados e números estatísticos produzidos pelas pesquisas anuais do CNJ retratam uma tentativa, a partir de 2013 (desde que criado o relatório), de abrir um “clarão” de luzes sobre os chamados “males da justiça”, de modo a retirar do escuro total de ausência de diagnóstico os dados que envolvem os processos que tramitam em cada órgão judicial, cujo fenômeno WOLKART<sup>11</sup> denomina de a “tragédia dos comuns” da justiça brasileira.

De fato, como registra o autor<sup>12</sup>, a Justiça brasileira, “enquanto conjunto de órgãos estatais destinados a prestar atividade jurisdicional, pode ser considerada como um *bem comum*”, estando assim sujeita ao fenômeno sobre o qual as ciências sociais das mais variadas áreas estudam as causas e as consequências de se permitir que múltiplos agentes tenham acesso ilimitado a um recurso, em que sua exploração ilimitada acaba levando à respectiva extinção, e cuja metáfora (tragédia dos comuns) foi sedimentada após artigo amplamente disseminado do biólogo Garret Hardin, como bem mencionado por Gico Júnior.<sup>13</sup>

A teoria da tragédia dos comuns, como demonstrada por Garret Hardin possui estreita relação com a teoria dos jogos e, em contraponto, com as estratégias de

<sup>11</sup> WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019, pág. 39 a 41.

<sup>12</sup> Op. Cit., pág. 39.

<sup>13</sup> Apud GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, set/dez 2014, p. 163-198.



negociação, já que a limitação natural dos recursos do bem comum e a tendência à sua sobreutilização pelos agentes, agindo racionalmente na busca da maximização dos seus resultados e sem capacidade de cooperação, pode levar esse bem comum ao esgotamento em razão da incidência da estratégia dominante (não cooperação), culminando na tragédia.

Para Gico Junior, o problema é que o bem comum sempre tem uma capacidade limitada. Todos os agentes estariam melhores se cada um se abstivesse de sobre utilizar o bem comum. No entanto, como o agente pode garantir que, ao se conter (cooperar), os demais farão o mesmo (cooperar)? Sem formas de negociação entre eles, desenvolvimento de mecanismos de monitoramento e punição (i.e., em um jogo não cooperativo), como em um dilema dos prisioneiros, a estratégia dominante de cada agente será sempre divergir, isto é, usar um pouco mais o bem comum, pois o custo marginal é compartilhado por todos (externalizado), mas o benefício privado é apenas do dono (internalizado). Nesse caso, o benefício privado é superior ao custo privado, ainda que inferior ao custo social, e a estratégia dominante é divergir.

## 2. Problema e justificativa

Como órgão encarregado de conduzir órgãos e entidades da Administração Pública (Federal, Estadual e Municipal) e os particulares (administrados) na busca por soluções adequadas de seus conflitos por meio da mediação e da conciliação, a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF) tem se deparado com dificuldades das partes interessadas, especialmente gestores públicos, de se sentar à mesa de negociação e de tomar decisões para fechamento de acordos, por si próprios, analisando as hipóteses de riscos administrativos e econômicos envolvidos, bem como de adotar soluções consensuais para os conflitos sem a necessidade de terceirizar a tomada de decisões para um juiz ou ao árbitro, como terceiros imparciais.

Na maioria das mediações realizadas pela CCAF, experimenta-se elevados graus de resistência de gestores públicos nos procedimentos quanto à possibilidade de “ceder” em suas posições administrativas diante do interesse público.

Será que essas dificuldades decorrem de heurísticas e de vieses cognitivos gerados talvez pelo receio de sofrer responsabilizações (viés da aversão à perda)<sup>14</sup> por atos de improbidade administrativa ou por faltas funcionais, a cargo de órgãos de controle como Tribunais de Contas, Corregedorias e órgãos de controle interno, bem como o Ministério Público?

Será que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, estatisticamente, vem resultando em decisões mais favoráveis aos interesses dos entes subnacionais (Estados e Municípios) em detrimento dos interesses do ente nacional (União) no julgamento de situações de conflito sobre o pacto federativo estariam causando heurísticas e vieses na tomada de decisões dos agentes econômicos nas negociações?

Será que há uma preferência pela terceirização da solução de conflitos, por meio do cumprimento de sentenças judiciais ou sentenças arbitrais, pela via da heterocomposição, que pode ser atribuída às dificuldades para a tomada de decisão por vontade própria em decorrência das perguntas anteriores?

Esta pesquisa tem por objetivo analisar, em um caso concreto no qual ocorreu negociação entre um ente subnacional (Estados ou Municípios) e o Ministério da Economia (União), com auxílio das respectivas advocacias públicas para solução de conflito federativo, se é possível, a partir da revisão das heurísticas e dos vieses cognitivos já identificados e descritos na literatura de pesquisa, evidenciar se houve ou não a sua incidência durante o processo de tomada de decisão pelos agentes públicos do Ministério da Economia.

O tema de pesquisa escolhido envolve a seguinte inquietação/problema:

É possível, a partir dos conceitos e da pesquisa de referência já produzida na Análise Econômica do Direito clássica (teoria da escolha racional) e na Economia Comportamental, identificar e, eventualmente, superar as heurísticas e os vieses cognitivos identificados nos processos de análise de riscos e de tomada de decisões em negociações da União (Ministério da Economia) com entes subnacionais (Estados e Municípios) nos conflitos federativos, especialmente quando a negociação envolver

---

<sup>14</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

a possibilidade de compensação de créditos decorrentes de contratos administrativos de financiamento de dívida (art. 100, § 21, da CF/88)?

### 3. Objetivos

Nesse projeto de pesquisa, sem a pretensão de exame mais aprofundado do referencial teórico sobre o tema, em razão das limitações do estudo e do formato de TCC em pós-graduação, propõe-se seja feito um estudo de caso para que seja realizada uma avaliação, a partir da abordagem neoclássica da microeconomia (modelo da escolha racional), em que se busca utilizar de elementos objetivos que estabelecem as dinâmicas de cooperação entre os agentes econômicos que permitem as trocas de mercado, e da dialética que se tem procurado estabelecer com a economia comportamental, para verificar a incidência ou não de heurísticas e vieses cognitivos de ordem subjetiva e que possam ter afetado as avaliações dos agentes públicos no processo de tomada de decisões entre a busca do litígio e a entabulação de acordos envolvendo a Administração Pública.

#### 3.1. Objetivo geral

Objetivo geral: identificar se e como ocorre a formação das heurísticas e dos vieses cognitivos nas negociações em conflitos federativos entre a União e os entes subnacionais (Estados e Municípios) a partir de um estudo de caso.

#### 3.2. Objetivos específicos

Objetivo específico: Em que medida as heurísticas e dos vieses cognitivos nas negociações em conflitos federativos entre a União e os entes subnacionais (Estados e Municípios) impactam a tomada de decisões pelos gestores públicos do Ministério da Economia nessas negociações, especialmente quando envolvem eventual compensação de dívidas judiciais da União com créditos de contratos da dívida pública desses entes subnacionais (art. 100, § 21, da CF/88)?

A partir dessas conclusões, buscaremos avaliar como os sistemas cognitivos 1 e 2 e a *prospect theory* podem auxiliar a melhorar o desempenho negocial desses agentes públicos nas avaliações de riscos e de tomada de decisões nessas negociações.

## 4. Metodologia

### 4.1. Análise documental: as manifestações técnicas sobre impedimentos, vantajosidade e legalidade do acordo

No projeto de pesquisa foi conduzido um estudo de caso concreto, realizado em profundidade, com dados coletados a partir de análise documental dos processos administrativos no SEI/ME (Sistema Eletrônico de Informações do Ministério da Economia) e no SAPIENS/AGU (Sistema AGU de Inteligência Jurídica) para a solução extrajudicial do conflito, fornecidos por meio da Lei de Acesso à Informação, em atendimento a solicitação formulada através da ferramenta [www.falabr.cgu.gov.br](http://www.falabr.cgu.gov.br); de manifestações técnicas e jurídicas e de entrevistas semiestruturadas. Ressalte-se, ademais, que, além de autorizado o acesso pela própria Administração Pública na forma acima, como o estudo de caso retrata acordo firmado entre entes eminentemente públicos das esferas municipal e federal e, uma vez já concluídas as tratativas negociais com êxito entre as partes, incide na espécie a lógica do princípio da publicidade para a Administração Pública (art. 37, da CF/88), não havendo razão técnica ou estratégica para preservação da confidencialidade prevista na Lei n.º 13.140/2015.

### 4.2. Entrevistas semiestruturadas: justificativas

Nesse sentido, foi adotado o método indutivo, em que partimos da análise do caso concreto<sup>15</sup> indicado, especificamente por meio de questionário semiestruturado, formulado com o auxílio da ferramenta Google Forms<sup>16</sup> e encaminhado para os agentes públicos que atuaram no procedimento de mediação perante a CCAF<sup>17</sup>, como os representantes da União<sup>18</sup> e do Município de São Paulo<sup>19</sup>, para, a partir das

---

<sup>15</sup> GIL, A.C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>16</sup> Fonte: <https://www.google.com/intl/pt-BR/forms/about/>

<sup>17</sup> Fonte: processo administrativo SAPIENS NUP n.º 00400.001109/2021-94, fornecido por meio da Lei de Acesso à Informação via cadastro pessoal no sítio na Internet [www.falabr.cgu.gov.br](http://www.falabr.cgu.gov.br).

<sup>18</sup> Na União foi encaminhado formulário com questionário semiestruturado para:

- 1) Ministério da Economia: Secretaria Especial de Tesouro e Orçamento (SETO), Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN);
- 2) Advocacia-Geral da União: Gabinete do Advogado-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Secretaria-Geral de Contencioso;
- 3) Ministério da Defesa - Comando do Aeronáutica;
- 4) Ministério da Infraestrutura.

<sup>19</sup> No Município de São Paulo, foi encaminhado formulário com questionário semiestruturado para:

- 1) Gabinete do Prefeito de São Paulo;
- 2) Procuradoria-Geral do Município de São Paulo;

observações empíricas coletadas por meio da metodologia acima indicada, analisar os modelos e as teorias mais amplas ou gerais<sup>20</sup> existentes para explicar as relações entre as heurísticas e os vieses cognitivos com as tomadas de decisões pelos agentes econômicos.

## 5. Desenvolvimento

### 5.1. Sobre o Acordo do CAMPO DE MARTE

O caso concreto, sob análise, diz respeito à negociação de conflito judicial envolvendo o domínio do aeródromo do Campo de Marte, localizado na Avenida Santos Dumont, nº 1979, Bairro Santana, zona norte do Município de São Paulo, em conflito referente à titularidade e à indenização relativa à perda da propriedade e ao uso pretérito da área intitulada “Campo de Marte” pela União, cujo debate se desenvolveu originariamente no âmbito da ação de reintegração de posse nº 006827878.1974.403.6100, em trâmite na Justiça Federal de São Paulo, sendo também objeto do RE nº 668.869 e no REsp nº 991.243, com solução por acordo construída por meio do TERMO DE CONCILIAÇÃO Nº 02/2022/CCAF/CGU/AGU-JRP-KSF, perante a CCAF, órgão da Advocacia-Geral da União.

O acordo construído envolveu a compensação, na forma do art. 100, § 21, da CF/88, da dívida judicial da União estabelecida pelo STJ com o débito do Município de São Paulo decorrente do Contrato de Confissão, Consolidação, Promessa de Assunção e Refinanciamento de Dívidas, assinado em 03/05/2000, bem como do Termo de Convalidação de Valores, assinado pelas PARTES em 23/02/2016, com fundamento na Medida Provisória nº 2.185-35 de 24 de agosto de 2001 e na Lei Complementar nº 148, de 25 de novembro de 2014, que perfazia o montante consolidado de R\$ 23.912.137.413,53 (vinte e três bilhões, novecentos e doze milhões, cento e trinta e sete mil, quatrocentos e treze reais e cinquenta e três centavos).

#### 5.1.1. Fatos que originaram o direito de indenização da União ao Município de São Paulo

---

<sup>20</sup> PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: <http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2019.

O conflito teve início com a Revolução de 1930, iniciada no dia 3 de outubro de 1930, sob a liderança civil de Getúlio Vargas e sob a chefia militar do tenente-coronel Pedro Aurélio de Góis Monteiro, com o objetivo imediato de derrubar o governo de Washington Luís e impedir a posse de Júlio Prestes, eleito presidente da República em 1º de março anterior<sup>21</sup>.

Um dos primeiros atos do novo governo estabelecido foi o de diminuir a eficiência das milícias estaduais, inclusive a primeira pista para pousos e decolagens e o hangar da Força Pública do Estado de São Paulo, apossadas pelo Regimento de Aviação Militar do Exército Nacional.<sup>22</sup>

Durante a Revolução de 1932, o governo federal ordenou às forças armadas o bombardeio aéreo do *Campo de Marte* visando o apossamento definitivo da área pelo ente central.

Com fim da Era Vargas, a partir de 1945 o Município passou a negociar a devolução do espaço.<sup>23</sup>

Diante do insucesso das negociações que duraram mais de uma década, no dia 20.11.1958, o Município de São Paulo ajuizou ação de reintegração de posse em face da União, como o fito de ver reintegrada, ao seu patrimônio, a posse da área conhecida como "Campo de Marte". Formulou também pedido alternativo de indenização pelo valor atualizado do imóvel, em caso de não ser possível a sua retomada, além de indenização pelo período em que a União deteve a posse da área.<sup>24</sup>

Em 07.11.1994, o Juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo julgou improcedentes os pedidos iniciais, acolhendo as alegações de origem nos atos de expulsão e confisco de bens da Companhia de Jesus e considerando que a área em questão não era terra devoluta, motivo pelo qual não poderia ser transferida para o domínio dos Estados.

---

<sup>21</sup> Website do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil – CPDOC, cujo endereço principal é, atualmente, [www.fgv.br/cpdoc](http://www.fgv.br/cpdoc), (o "Website").

<sup>22</sup> Fonte: RE 0668869, Supremo Tribunal Federal.

<sup>23</sup> Fonte: <http://www.campodemarte.com.br/index.php/historia>

<sup>24</sup> Processo Judicial n.º 0068278-78.1974.4.03.6100.

Fonte: <https://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Pesquisar>

A 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em 28.05.2005, negou provimento ao recurso de apelação e deu provimento parcial à remessa oficial, em acórdão assim ementado<sup>25</sup>:

“CIVIL. POSSESSÓRIA. "CAMPO DE MARTE".

- Litígio entre a Municipalidade de São Paulo e a União Federal, tendo como objeto a área conhecida como "Campo de Marte", ocupada por forças militares da União em 1930 e 1932 e anteriormente possuída pela Municipalidade. Alegação de domínio da Municipalidade enquadrando como devolutas as terras, que como tais foram transferidas ao domínio do Estado de São Paulo pela Constituição de 1892 e deste para a Municipalidade de São Paulo por referidos atos normativos. Alegação da União conceituando o imóvel como próprio nacional oriundo do confisco das terras dos jesuítas por Alvará Régio do ano de 1761. Perícia comprobatória do antigo domínio dos' jesuítas. Enquadramento como terras devolutas que não se reconhece. Inteligência da Lei nº 601/1850. Sentença de improcedência do pedido mantida. Verba honorária reduzida nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC. Recurso da Municipalidade desprovido e remessa oficial tida por interposta parcialmente provida.”

Contra tal acórdão, o Município de São Paulo apresentou recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, cuja Segunda Turma, em 22.04.2008, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Ministro Relator Herman Benjamin, "reconhecendo o domínio municipal sobre o Campo de Marte" e determinando "o retorno dos autos à origem, para apreciação do pedido de indenização, considerando que há área afetada ao serviço público federal, insuscetível de reintegração", em acórdão com a seguinte ementa<sup>26</sup>:

ADMINISTRATIVO. ESTADO NOVO. REVOLUÇÃO DE 1932. CAMPO DE MARTE – SÃO PAULO. OCUPAÇÃO PELA UNIÃO. MUNICÍPIO. REINTEGRAÇÃO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE INDENIZAÇÃO. LEI 601/1850. TERRA DEVOLUTA. IMÓVEL PÚBLICO NÃO DESTINADO A USO PÚBLICO ESPECÍFICO. SÚMULA 487/STF. AFETAÇÃO AO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. INDENIZAÇÃO.

1. Hipótese em que União e Município de São Paulo discutem a posse e o domínio do "Campo de Marte", em São Paulo, aeroporto que abrigou a aviação bélica alinhada com os paulistas na Revolução Constitucionalista de 1932 e que, nesse contexto, foi conquistado pelas forças federais.

2. Com o fim do Estado Novo, em 1945, e a retomada de parcela da autonomia local, foram iniciadas tratativas para a devolução do imóvel. Frustradas as negociações, o Município propôs Ação Possessória, com pedido subsidiário de indenização, em 1958.

3. A área integrava, na época colonial, sesmaria dos jesuítas, até ser confiscada em 1759 com a expulsão da Companhia de Jesus pelo Marquês de Pombal. Com o advento da República, o Estado de São Paulo, considerando o imóvel devoluto, cedeu-o ao Município de São Paulo. Foi dada destinação pública à área somente em 1912, com sua ocupação pelo corpo de cavalaria e, posteriormente, pela aviação bélica paulista.

4. A União argumenta que a área lhe pertence. Pelo fato de ter sido confiscada dos jesuítas, não poderia ter sido considerada terra devoluta, pois não se enquadraria na definição do art. 3º da Lei 601/1850 (Lei de Terras).

<sup>25</sup> TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 252410 - 0068278-78.1974.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, julgado em 28/06/2005, DJU DATA:19/08/2005 PÁGINA: 327

<sup>26</sup> REsp n. 991.243/SP, STJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/4/2008, DJe de 21/9/2009.

5. Não há omissão se o Tribunal decide a demanda com fundamentos suficientes. 6. Admite-se o julgamento de ação possessória pela análise do domínio, se esse for o fundamento aduzido pelos litigantes.
7. Discussão que se restringe à caracterização da área como devoluta (ou não) em 1891. Se o era, foi transferida ao Estado pela primeira Constituição Republicana, que, por sua vez, cedeu-a ao Município naquele mesmo ano (fatos incontroversos). Se não era devoluta, a cessão pelo Estado para o Município seria inválida e ineficaz, inexistindo justo título em seu favor.
8. A Companhia de Jesus possuía vasto patrimônio imobiliário no Brasil, em outras colônias e no próprio solo português, todo ele confiscado pelo Marquês de Pombal em 1759.
9. Não se pode excluir do conceito de terras devolutas as áreas antes ocupadas pela Companhia de Jesus, sobretudo se abandonadas e nunca destinadas a uma finalidade pública. Do contrário, seria criar uma espécie de propriedade da União, abarcando um imenso território, incerto e incomensurável. Pior, os Estados surgidos com a República, titulares das terras devolutas por força da CF/1891, seriam obrigados a pesquisar quase quatro séculos de histórico fundiário para descobrirem se as terras abandonadas em seu território pertenceram aos jesuítas e foram confiscadas no século XVIII, hipótese em que não seriam devolutas. Tal exigência inviabilizaria a delimitação dessas áreas, gerando inegável insegurança jurídica quanto à situação fundiária no País, exatamente aquilo que a Lei 601/1850 procurou evitar.
10. A Lei de Terras surgiu para regularizar os títulos de propriedade derivados das sesmarias, as quais, em quase sua totalidade, caíram em comisso por descumprimento dos requisitos de ocupação, moradia, cultura e medição. O fim mediato era dar ao País um instrumento de retomada dos imóveis improdutivos e permitir a efetiva ocupação da terra. A maior parte dos dispositivos da Lei 601/1850 trata exatamente da alienação de terras devolutas, inclusive a colonos estrangeiros, além do fomento à imigração com recursos do tesouro público. Nesse contexto é que deve ser interpretada a definição de terras devolutas por ela veiculada.
11. Nos termos do art. 3º da Lei 601/1850, terras devolutas são aquelas de domínio público e sem destinação pública específica. Irrelevante a origem da terra pública (conquistada, confiscada, comprada, caída em comisso, etc.).
12. Sendo incontroverso que a área onde hoje se encontra o Campo de Marte somente foi ocupada pelo poder público em 1912, constata-se que era devoluta em 1891 e, portanto, integrante do domínio Estadual. Também não se discute a sua cessão, pelo Estado, ao Município, nos termos da Lei de Organização Municipal de 13.11.1891.
13. "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada" (Súmula 487/STF).
14. A área estritamente afetada ao serviço público federal não pode ser reintegrada ao Município, ressalvado o remédio da indenização.
15. Determinação de retorno dos autos à instância de origem, para análise da área insuscetível de reintegração e apreciação do pedido subsidiário de indenização.
16. Recurso Especial provido.

A União opôs dois embargos de declaração, tendo sido acolhidos apenas os segundos embargos, sem efeitos modificativos, nos termos do voto do Ministro relator, para esclarecer que “a parcela que não será reintegrada ao Município, ou seja, a área afetada ao serviço público federal é aquela em que há construções e espaços necessários à aviação e à defesa.” A delimitação exata dessa área, concluiu, deveria ser feita nas instâncias de origem.

Contra esses acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, a União apresentou, em 18.10.2011, recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, no qual suscitou violações aos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV; 20, inciso I; 26, inciso IV; 93, inciso IX, e 105, inciso III, alínea “a”, todos da CF/88, alegando nulidade do acórdão, pois o STJ não poderia reanalisar as provas que convenceram o TRF-3ª



Região de que o imóvel em questão pertencia a União, bem como que a Corte Superior decidiu que as terras em litígio eram devolutas, por não deter destinação pública específica, em que pese não haver prova nos autos a respeito da ausência de emprego do bem em fim específico.

Em 08.10.2020, o Ministro Relator Celso de Mello deixou de conhecer do recurso extraordinário, por entender que as violações à Constituição Federal seriam meramente reflexas, demandando a interpretação de normas infraconstitucionais.

A União apresentou agravo interno e, com a aposentadoria do Ministro Celso de Mello, o processo foi redistribuído para o Ministro Nunes Marques, que, após lançar o seu voto preliminar, retirou o agravo interno do julgamento virtual.<sup>27</sup>

Até a conclusão das negociações extrajudiciais, o recurso não havia sido novamente incluído em pauta de julgamento no Supremo Tribunal Federal.<sup>28</sup>

A dívida da União com o Município de São Paulo, como visto, decorria de condenação judicial ainda não transitada em julgado e não tornada líquida e exigível até o momento do início do procedimento de mediação.

### 5.1.2. Fatos que originaram a dívida do Município de São Paulo com a União

Independentemente da sua causa original (que é irrelevante para o desenvolvimento do presente estudo), a dívida objeto do acordo em análise dizia respeito ao refinanciamento, pela União, de obrigações do Município de São Paulo, celebrado no ano 2000 por meio de Contrato de Confissão, Consolidação, Promessa de Assunção e Refinanciamento de Dívidas, firmado ao amparo da atual Medida Provisória (MP) nº 2.185/2001.

Tal contrato previa, conforme a mencionada norma legal, as seguintes condições financeiras:

- a) vigência - 360 meses, com **encerramento previsto para abril/2030**;
- b) encargos: Coeficiente de Atualização Monetária (CAM) mais juros de 4% a.a.;
- c) sistema de amortização - tabela price;

---

<sup>27</sup> Fonte: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4188509>

<sup>28</sup> Fonte: PARECER nº 00003/2022/SGCT/AGU, processo SAPIENS NUP n.º 00400.001109/2021-94, fornecido via Lei de Acesso à Informação, por meio do sítio na Internet [www.falabr.cgu.gov.br](http://www.falabr.cgu.gov.br).

d) periodicidade de pagamentos - mensal.

O saldo devedor do contrato, posicionado em 31/01/2022, correspondia a R\$ 23.912.137.413,52 (vinte e três bilhões, novecentos e doze milhões, cento e trinta e sete mil, quatrocentos e treze reais e cinquenta e dois centavos).

Em razão dessa dívida, o município arcava com um pagamento mensal de R\$ 283.124.674,21 (duzentos e oitenta e três milhões, cento e vinte e quatro mil, seiscentos e setenta e quatro reais e vinte e um centavos), valor da parcela paga no dia 31/01/2022. Somando-se as 12 (doze) parcelas anuais, gerava-se um **custo anual** aproximado de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais).

A mencionada dívida foi contratada originalmente com encargos que consistiam na variação mensal do IGP-DI mais juros de 9% a.a., alterada para as condições vigentes por força da LC nº 148/2014, passando a vigorar o IPCA + 4% ou SELIC no período.<sup>29 30</sup>

### 5.1.3. A construção do acordo na CCAF/AGU

O procedimento de mediação foi conduzido pela Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal, órgão de autocomposição pública situado organicamente na Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União que detém funções de assessoramento extrajudicial do Poder Executivo, conforme o art. 2º, inciso I, alínea “c”, da Lei Complementar n.º 73,

---

<sup>29</sup> Fonte: Nota SEI nº 5/2022/COAFI/SURIN/STN/SETO-ME, Processo SEI/ME – 22767564, fornecido por meio da Lei de Acesso à Informação por meio do sítio na Internet [www.falabr.cgu.gov.br](http://www.falabr.cgu.gov.br).

<sup>30</sup> Art. 2º A União adotará, nos contratos de refinanciamento de dívidas celebradas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base, respectivamente, na Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997, e na Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001, e nos contratos de empréstimos firmados com os Estados e o Distrito Federal ao amparo da Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, as seguintes condições, aplicadas a partir de 1º de janeiro de 2013: (Redação dada Pela Lei Complementar nº 151, de 2015)

I - juros calculados e debitados mensalmente, à taxa nominal de 4% a.a. (quatro por cento ao ano) sobre o saldo devedor previamente atualizado; e

II - atualização monetária calculada mensalmente com base na variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo.

§ 1º Os encargos de que trata o caput ficarão limitados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para os títulos federais.

§ 2º Para fins de aplicação da limitação referida no § 1º, será comparada mensalmente a variação acumulada do IPCA + 4% a.a. (quatro por cento ao ano) com a variação acumulada da taxa Selic.

§ 3º O IPCA e a taxa Selic estarão referenciados ao segundo mês anterior ao de sua aplicação.

§ 4º (VETADO).

de 10 de fevereiro de 1993<sup>31</sup> e art. 2º, inciso II, alínea “c”, item 13<sup>32</sup> e art. 41<sup>33</sup>, ambos do Decreto n.º 11.328, de 1º de janeiro de 2023.

Conforme informações coletadas, verificou-se que o procedimento de mediação na CCAF seguiu os princípios, normas e regras previstas na Lei n.º 13.140/2015, Decretos n.ºs 10.608, de 25 de janeiro de 2021 e 10.994, de 14 de março de 2022<sup>34</sup> e Ordem de Serviço CCAF n.º 04/2019<sup>35</sup>.

A CCAF, enquanto órgão de mediação, age como elemento externo ao conflito, não atuando como parte interessada, mas como terceiro equidistante que zela pela aplicação das técnicas de mediação e de negociação, auxiliando as partes a promoverem a melhor avaliação sobre a economicidade dos acordos entre elas

---

<sup>31</sup> Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende:

- I - órgãos de direção superior:
  - a) o Advogado-Geral da União;
  - b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional;
  - c) Consultoria-Geral da União;
  - d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e
  - e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União;

<sup>32</sup> Art. 2º A Advocacia-Geral da União tem a seguinte estrutura organizacional:

- I - ...omissis;
- II - órgãos de direção superior:
  - c) Consultoria-Geral da União:
    - ...omissis;
    - 13. Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal;

<sup>33</sup> Art. 41. À Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal compete:

- I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;
- II - requisitar aos órgãos e às entidades da administração pública federal, envolvidos ou não no conflito submetido à Câmara diligências, cooperação técnica e manifestação sobre a oportunidade e conveniência de sua atuação administrativa na solução do conflito;
- III - dirimir, por meio de mediação, as controvérsias:
  - a) entre órgãos públicos federais, entre entidades públicas federais ou entre órgão e entidade pública federal;
  - b) que envolvam órgão ou entidade da administração pública federal e os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios ou suas autarquias ou fundações públicas;
  - c) que envolvam órgão ou entidade da administração pública federal e empresa pública ou sociedade de economia mista federal; ou
  - d) que envolvam particular e órgão ou entidade da administração pública federal, nos casos previstos no regulamento de que trata o § 2º do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015;
- IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores ou por outros membros do Poder Judiciário, ou por proposta dos titulares dos órgãos de direção superior, de execução e vinculados da Advocacia-Geral da União;
- V - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a procedimento de mediação;
- VI - encaminhar, quando couber, ao Consultor-Geral da União as controvérsias jurídicas não solucionadas por procedimento de mediação para os fins do disposto no § 1º do art. 36 da Lei nº 13.140, de 2015; e
- VII - coordenar, orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas da União nos Estados.

<sup>34</sup> Decretos de Estrutura da AGU.

<sup>35</sup> Fonte: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/base-normativa>

entabulados, mediante a análise de riscos e de cenários, processuais ou extraprocessuais, sendo diretrizes de atuação da CCAF a busca de soluções, por meio de autocomposição, que prestigiem a oralidade e a informalidade, nas fases iniciais, bem como a segurança jurídica e a exequibilidade do acordo ou solução negociada, nas fases finais.<sup>36</sup>

No caso em estudo, o procedimento de autocomposição tramitou regularmente, tendo sido realizadas reuniões unilaterais e bilaterais, conforme a necessidade de cada fase procedimental. Participaram das negociações, pela União: a SGCT/AGU, a PGU/DPP/AGU, PGU/DCP/AGU<sup>37</sup>, o Ministério da Economia; e pelo Município; a Prefeitura, a Secretaria de Estado de Fazenda e a Procuradoria-Geral do Município de São Paulo. Também prestaram colaboração no processo o Comando da Aeronáutica - COMAER, a Secretaria de Patrimônio da União – SPU/ME e o Ministério da infraestrutura – MI, todos pela União.

Na CCAF, delimitou-se a abrangência do conflito, realizou-se a prospecção dos interesses de todas as partes envolvidas e foi esboçado um estudo de análise de riscos existentes ou antevistos, caso não fosse alcançado um consenso.

Amadurecidos os aspectos fático-jurídicos e todos esses interesses envolvidos no conflito objeto da mediação, passou-se a desenhar a viabilidade da solução trazida pelo Município e que todos os envolvidos entendiam como potencialmente ajustável ao caso.

A proposta de acordo ofertada pelo Município à União foi a de compensar o valor da indenização a ser paga pelo desapossamento da área denominada Campo de Marte com a dívida que o Município detinha com a União por força do “Contrato de Confissão, Consolidação, Promessa de Assunção e Refinanciamento de Dívidas”, o qual, em fevereiro de 2022, apresentava um saldo devedor aproximado de R\$ 24.000.000.000,00 (vinte e quatro bilhões de reais).<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Fonte: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-mediacao-de-conflitos-atraves-de-procedimento-de-conciliacao>

<sup>37</sup> PGU - Procuradoria-Geral da União, SGCT - Secretaria-Geral de Contencioso, DCP- Departamento de Cálculos e Perícias. Para atribuições respectivas, vide Decreto n.º 11.328, de 1º de janeiro de 2023.

<sup>38</sup> Fonte: PARECER nº 00025/2022/CCAF/CGU/AGU, processo SAPIENS NUP n.º 00400.001745/2021-16, fornecido via da Lei de Acesso à Informação, por meio do sítio na Internet [www.falabr.cgu.gov.br](http://www.falabr.cgu.gov.br).

## 5.2. Referencial Teórico

No presente estudo de caso, tentaremos colher uma aplicação prática do ferramental teórico da análise econômica do direito a fim de observar se e como pode ter ocorrido no caso concreto em estudo a influência de vieses e de heurísticas comportamentais e quais as suas prováveis causas e impactos no processo de tomada de decisão pelos agentes públicos para escolher entre a permanência no conflito judicial e a realização do acordo.

Muito embora ambas as decisões não necessariamente estejam incorretas ou sejam consideradas erradas, avaliaremos quais as chances de que diversas informações, premissas ou percepções possam ter sido ignoradas ou passado despercebidas na tomada de decisão por influência dos atalhos cognitivos, especialmente em processos decisórios repetitivos ou sequenciados.

Para isso, iniciaremos nosso estudo com suporte no referencial teórico da escolha racional (AED Clássica) com STEVEN SHAVELL, POSNER, COOTER e ULLEN<sup>39</sup>, para o fim de avaliar, a partir dos critérios técnicos puramente objetivos existentes nas justificativas narradas linhas acima, como pode ser construída a tomada de decisão, como ela se enquadra nas dinâmicas de cooperação econômica e como podem ser sopesadas na lógica de racionalidade e escassez para a definição sobre permanecer no litígio judicial ou aderir ao acordo.

Após, tomaremos por empréstimos algumas das lições e das premissas da *bounded rationality*, de Herbert Alexander Simon para o fim de compreender a lógica da limitação da racionalidade humana sobre o dia-a-dia da cognição humana, cercada por fatores ambientais e subjetivos ou psicológicos, internos e externos, que sensibilizam a busca pela maximização da utilidade das escolhas limitando o indivíduo em seus níveis de satisfação cognitiva<sup>40</sup>.

Por fim, com apoio em Daniel Kahneman<sup>41</sup>, buscaremos avaliar como os sistemas cognitivos 1 e 2 nos ajudam a compreender e a avaliar como se realizam as

---

<sup>39</sup> COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, Pittsburgh, PA, v. XXVII, p. 1067-1097, set. 1989. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1946/2004, p. 405.

<sup>40</sup> GOULART, Bianca Bez. *Op. Cit.*, pág. 95.

<sup>41</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

escolhas rápidas, automáticas e intuitivas (do sistema 1) - onde costumam estar alocados os vieses e as heurísticas cognitivas – e como as decisões baseadas em custos e benefícios (do sistema 2) podem ser consideradas como tomadas de decisões mais racionais para o estudo de caso, de modo a nos permitir identificar e superar as heurísticas e os vieses cognitivos, prevenir erros sistêmicos que contrastam com as regras da escolha racional, observando a sua aplicação prática nos processos de análise de riscos e de tomada de decisões nas negociações do acordo do Campo de Marte.

### **5.2.1. Enfoque do Modelo da Escolha Racional – melhor decisão economicamente possível para ambos os lados?**

Para entendermos, de forma geral, como a economia comportamental se relaciona com o direito posto, a partir do fundamental da análise econômica do direito, e como se comporta o “homem econômico”, hipoteticamente considerado, e o homem real (expressões sugeridas por Carl Sustein, Christine Jolls e Richard H. Thaler<sup>42</sup>) e suas idiossincrasias, será útil primeiro entendermos as características definidoras do direito e da economia a partir da abordagem da economia clássica, sob o enfoque do modelo da escolha racional.

Segundo os mesmos autores, Gary Becker oferece um relato típico desses princípios: “Todo comportamento humano pode ser visto como algo que envolve participantes que [1] maximizam suas utilidades [2] de um conjunto estável de preferências e [3] acumular uma ótima quantidade de informações e outros insumos em uma variedade de mercados”<sup>43</sup>.

Ser capaz de compreender esse comportamento racional maximizador dos agentes e tentar prever suas reações a mudanças em sua estrutura de incentivos, dentro e fora dos mercados, sob o ponto de vista do que é relevante para a lei e para a economia é a tarefa a que os jus economistas se propõem a realizar. A teoria da

---

<sup>42</sup> Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 55, 1998), p. 6. Tradução livre.

<sup>43</sup> Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* 14 (1976), apud Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler (*op cit*), p. 5/6: “Gary Becker offers a typical account of those principles: “All human behavior can be viewed as involving participants who [1] maximize their utility [2] from a stable set of preferences and [3] accumulate an optimal amount of information and other inputs in a variety of markets.”

economia, aplicada ao direito, busca justamente “investigar como age o ser humano médio diante de escolhas”<sup>44</sup>.

Nesse sentido, será importante examinarmos, ainda que superficialmente, os conceitos que envolvem a escassez e o comportamento ideal do homem econômico e tentar aplicá-los ao nosso estudo de caso e determinar se, sob o ponto de vista puramente racional, as decisões tomadas por cada uma das partes envolvidas estão ajustadas ao perfil do homem médio, independentemente dos vieses e heurísticas eventualmente notados.

Em especial, buscaremos examinar, sob a abordagem da economia neoclássica, das variáveis como a probabilidade de êxito da demanda, avaliação do impacto das custas e das despesas processuais na tomada de decisão e, posteriormente, a escolha ou preferência pela manutenção do litígio judicial ou a realização do acordo a partir do modelo da escolha racional.

### 5.2.2. Racionalidade *versus* escassez

Na abordagem tradicional da análise econômica, *racionalidade* e *escassez* se inter-relacionam no processo de escolha racional como dois lados de uma mesma moeda, funcionando como elementos fundamentais de toda decisão tomada pelo homem econômico enquanto ser social vivendo em um mundo recursos disponíveis naturalmente limitados.

Na análise econômica do direito (AED), as escolhas devem ser explicadas sob formas econométricas, nelas devendo-se considerar a análise de cenários futuros e estudo de probabilidades sobre as decisões de um indivíduo a respeito de seus direitos e do impacto destes sobre os direitos de outros indivíduos.

Segundo Gico Júnior<sup>45</sup>, o método econômico se baseia em alguns postulados. Em primeiro lugar, os recursos da sociedade são escassos. Se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, pois todos poderiam satisfazer suas necessidades. Note-se que o pressuposto econômico é a existência de

---

<sup>44</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília - DF, UCB, v. 1, n. 1, jan-jun. 2010, p. 8.

<sup>45</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília - DF, UCB, v. 1, n. 1, jan-jun. 2010, p. 22.

alternativas para escolhas. Conforme Gary Becker, quando não há alternativas para escolhas, não há problema econômico a ser resolvido.<sup>46</sup>

Sob a roupagem do direito, se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito; sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam por si sós. “A **escassez** dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes.”<sup>47</sup>

Cada escolha envolve uma troca (ou *trade off*) entre a primeira opção e uma segunda melhor escolha ou alocação factível de um recurso, sempre individualmente considerada, isto é, a depender do valor que cada agente atribui ao bem ou escolha. Essa troca representa um custo de oportunidade para cada indivíduo, vale dizer, o que ele deixa de lado para exercer a primeira opção. “A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades é o seu custo de oportunidade, i.e., o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem.”<sup>48</sup>

Não se tratando de inexistência de alternativa de escolhas e considerando-se que elas devem ser realizadas, os agentes econômicos passam a avaliar os custos e os benefícios de cada alternativa, optando pela que, dadas as respectivas condições e circunstâncias individualmente valoradas, lhes traz maior bem-estar.

Para Cooter e Ullen<sup>49</sup>, os “economistas geralmente assumem que cada ator econômico maximiza algo: Os consumidores maximizam a utilidade (isto é, felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, políticos maximizam votos, burocracias maximizam receitas, instituições de caridade maximizam bem-estar social, e assim por diante. Os economistas costumam dizer que os modelos que assumem a maximização de comportamento funcionam porque a maioria das pessoas é racional, e a racionalidade requer maximização”.

A escolha da melhor alternativa possível ante a finitude dos recursos pode, segundo os mesmos autores, ser descrita matematicamente como maximizadora. Escolher a melhor alternativa corresponde a maximizar a “função de utilidade” que está sujeita à “restrição de viabilidade”. Assim, p. ex., se um consumidor vai às

---

<sup>46</sup> BECKER, Gary S. Economic theory, pag 1., *apud* GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 37.

<sup>47</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Op. Cit., p. 22

<sup>48</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Op. Cit., p. 22.

<sup>49</sup> COOTER, Robert and ULEN, Thomas, "Law and Economics, 6th edition" (2016). Berkeley Law Books. Book 2, p. 12 e 13. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Tradução livre.



compras, ele buscará maximizar a sua utilidade sujeitando-se à sua própria restrição orçamentária (comprar mais ou melhor pelo menor preço, conforme o seu orçamento).

De fato, a conduta dos agentes econômicos, diante das suas preferências individuais e dos *tradeoffs* disponíveis circunstancialmente, tende a ser sempre racional maximizadora do seu conjunto de interesses, de modo a lhes garantir o melhor bem-estar individual (racionalidade) com o menor custo possível (escassez).

Bianca Bez<sup>50</sup> relata, com suporte em Wolff, Resnick, Steven Green e Mark Blaug, que o conceito de racionalidade está associado às seguintes premissas: “(i) de maximização dos ganhos ou dos interesses; (ii) de que as informações relevantes para a tomada de decisão são conhecidas; (iii) de que as preferências são completas, transitivas e estáveis; (iv) de minimização dos custos; e (v) a partir da adoção do individualismo metodológico”.

Tais premissas nos auxiliam a perceber o modelo da escolha racional da economia neoclássica como um ferramental que nos permite descrever condutas ou comportamentos humanos constantes, individuais e padronizados, firmando-se linhas de previsibilidade para uma mesma conduta em situações semelhantes.

Na verdade, essa é a grande utilidade da descrição do modelo de escolha racional: a previsibilidade das condutas humanas e a possibilidade de desenvolvimento de teorias e de modelos econômicos para os diversos campos de atividades humanas.

A previsibilidade, por sua vez, agrega outra grande implicação para a análise econômica do direito: se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, uma alteração na estrutura de incentivos existentes, p. ex. uma modificação legislativa, poderá levá-los a adotar outra conduta ou a realizar outra escolha dentre as existentes.

Para melhor ilustração, vamos examinar um exemplo trazido por Cooter e Ullen<sup>51</sup>: vamos supor que um fabricante saiba que seu produto algumas vezes prejudicará os consumidores. Quão seguro ele fará o produto? Para uma empresa maximizadora de lucro, a resposta depende de três custos: primeiro, o custo de fazer o produto mais seguro, o que depende de seu projeto e da fabricação; em segundo

---

<sup>50</sup> GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 38.

<sup>51</sup> COOTER, Robert and ULEN, Thomas. Op. Cit, p. 3. Tradução livre.

lugar, a responsabilidade legal do fabricante por danos aos consumidores; e terceiro, até que ponto a extensão das lesões desencorajam os consumidores a comprar o produto. A empresa maximizadora de lucro ajustará os custos com a segurança até que esses custos adicionais se igualem com o benefício da responsabilidade reduzida e da maior demanda do consumidor pelo bem.

No exemplo de Cooter e Ullen, em caso de mudanças nos incentivos normativos para assegurar maior segurança ao uso do bem e, por sua vez, maior bem-estar social (p. ex., um novo marco legal), provavelmente o fabricante ajustará novamente os preços do bem até que haja um novo equilíbrio de mercado, buscando a racional maximização de seus interesses.

Como bem resume Gigo Júnior<sup>52</sup>, o direito positivo é construído sob a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos. Para o autor, o modo como os incentivos interferem no comportamento dos agentes deve sempre ser observado a partir do contexto em que a decisão será tomada, se sob a influência de **hierarquia** ou de regras de **mercado**. No primeiro caso, tem-se regras de comando, cujos incentivos devem ser obedecidos em razão de vínculo de trabalho, de família ou de regime (militar, p. ex.). No segundo, a conduta dos agentes é o resultado de contextos sociais onde a interação entre os agentes é livre para realizar trocas por meio de barganhas ou negociações (trocas de mercado).

Em contextos de mercado, o comportamento racional maximizador “levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas”. O **equilíbrio**, reforça o autor, é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes.

A lógica mais comumente aceita para a eficiência econômica diz respeito à otimização da relação entre a maximização da riqueza e do bem-estar e da minimização de custos sociais para atingi-los. Duas são as acepções do termo “eficiência” que importam para o nosso estudo: a eficiência Paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Op. Cit., p. 22.

<sup>53</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 2, março de 2008, p. 24-25.

Uma situação eficiente, segundo Vilfredo Pareto<sup>54</sup>, é aquela em que a alocação de recursos seja tal que não haja nenhuma outra alocação viável que deixaria alguns agentes em melhor situação sem que nenhum agente piore sua situação. Equilíbrios constituem, por essa ótica, “ótimos de Pareto”<sup>55</sup>.

Em uma tentativa de evolução do conceito de eficiência de Pareto, que parte do pressuposto de que apenas a realização da melhoria de situação para todas as partes traria equilíbrio para as relações socioeconômicas, os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks buscaram imaginar um conceito de equilíbrio nas trocas de mercado em que tomada de decisões pode ter um resultado mais eficiente mesmo em situações em que as trocas gerem ganhos para alguns indivíduos e perdas para outros.

A ideia disseminada por Kaldor-Hicks foi a de que ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Em essência, esta é a lógica da análise de custo-benefício, em que as trocas realizadas geram benefícios que excedem seus custos, o que implica que os ganhadores poderiam compensar os perdedores.

Sob a ótica da resolução de conflitos com uma abordagem econômica, Cooter e Ulen<sup>56</sup> observam que grande parte do trabalho dos advogados visa aumentar os lucros das empresas, principalmente por ajudar as empresas a fazer acordos, evitar litígios judiciais e obedecer aos regulamentos. Essas três atividades correspondem a três áreas de prática jurídica em grandes escritórios de advocacia: transações, contencioso e regulação. Eficiência e lucratividade estão tão intimamente relacionadas que os advogados podem usar os princípios de eficiência sob a abordagem da *jus economia* para ajudar as empresas a ganhar mais dinheiro.

Eficiência econômica é uma medida abrangente dos benefícios públicos que incluem os lucros das empresas, o bem-estar dos consumidores e os salários dos trabalhadores. A lógica de maximizar a medida abrangente (eficiência) é muito

---

<sup>54</sup> Vilfredo Pareto (1848-1923) foi um sociólogo, teórico político e economista italiano. Elaborou a teoria das elites dominantes e a teoria de que o comportamento político é essencialmente irracional. Em sua obra mais relevante “Manuale d’Economia Política”, estabeleceu a teoria geral do equilíbrio econômico onde discutiu os três fatores de produção: capital, trabalho e recursos naturais. Formulou sua polêmica lei da distribuição de renda, por meio da complicada fórmula matemática, onde tentou provar que a distribuição da renda e riqueza na sociedade não é aleatória e que segue padrão invariável no curso da evolução histórica em todas as sociedades, que depois foi chamada de “Lei de Pareto”. (disponível em: [https://www.ebiografia.com/vilfredo\\_pareto/](https://www.ebiografia.com/vilfredo_pareto/)).

<sup>55</sup> GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Op. Cit., p. 23.

<sup>56</sup> COOTER, Robert and ULEN, Thomas. Op. Cit, p. 4. Tradução livre.

semelhante à lógica de maximizar um de seus componentes (lucros). Um bom sistema jurídico mantém a lucratividade dos negócios e o bem-estar de pessoas alinhadas, de forma que a busca pelo lucro também beneficie o público.

Steven Shavell<sup>57</sup>, ao realizar uma abordagem econômica sobre as ADRs (Alternative Dispute Resolutions), nas quais se incluem a mediação, a negociação e a arbitragem, afirma que há três razões pelas quais elas, as ADRs, podem ser mutuamente benéficas. Primeiro, a ADR pode reduzir o custo de resolução de disputas ou riscos. Em segundo lugar, a ADR pode gerar incentivos superiores por meio de maior precisão de resultados ou outras características<sup>58</sup>. Em terceiro lugar, ADR pode resultar em melhores incentivos ao se envolver em disputas ou a abster-se delas<sup>59</sup>.

Com esses fundamentos assentados, passaremos a examinar como essas premissas da AED e do modelo da escolha racional se relacionam com a decisão entre litigar ou buscar a negociação, para, ao final, avaliar como isso pode ter se refletido no caso concreto em exame.

#### **5.2.2.1. Decisão sobre litigar ou celebrar acordo sob a ótica do modelo da escolha racional**

Para prosseguirmos com a compreensão da escolha racional sobre litigar ou celebrar um acordo, trazemos à memória o seguinte diálogo entre cliente e advogado ilustrado por Cooter e Ulen<sup>60</sup>: O Cliente disse: “Quero justiça.” Seu advogado respondeu: “Quanta justiça você pode pagar?”<sup>61</sup>. O diálogo é curioso e divertido e traz uma ideia sobre o racional utilizado pela economia neoclássica para ponderar entre fazer uso do sistema judicial e buscar a autotutela pela via da autocomposição. Ambas as escolhas trarão custos e externalidades a serem sopesadas a partir do modelo da escolha racional.

---

<sup>57</sup> SHAVELL, Steven. “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis.” *The Journal of Legal Studies*, vol. 24, no. 1, 1995, pp. 1–28. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/724588>. Accessed 19 Feb. 2023.

<sup>58</sup> Suponha-se, por exemplo, que um contrato tenha desempenho abaixo do padrão e isso corretamente avaliado por árbitros especializados em ADR, mas não pela jurisprudência dos tribunais. Então, as partes do contrato podem preferir adotar a ADR porque isso induziria uma melhor “performance”, aumentando assim a disposição do promissário de pagar pelo contrato.

<sup>59</sup> Por exemplo, pode ser que o número de disputas submetidas ao processo legal seja excessivo, dissipando recursos substanciais das partes sem instigar mudanças de comportamento mutuamente desejáveis; assim, um acordo em ADR para limitar o número de disputas seria vantajoso para as partes.

<sup>60</sup> COOTER, Robert and ULEN, Thomas. Op. Cit, p. 382. Tradução livre.

<sup>61</sup> COOTER, Robert and ULEN, Thomas. Op. Cit, p. 385. Tradução livre. Original: The Client said, “I want justice.” His lawyer replied, “How much justice can you afford?”

Nesse contexto, a perspectiva sob a qual os agentes econômicos avaliam a tomada de decisões nas trocas de mercado com base no racional maximizador de seus interesses é plenamente aplicável à escolha entre concretizar um acordo ou ajuizar uma ação judicial. A escolha racional, nessa hipótese, também parte das mesmas premissas antevistas por Becker linhas acima para a tomada de decisão entre as alternativas e *tradeoffs* disponíveis: [1] maximização da utilidade (busca da melhor alternativa para a solução do conflito); [2] conjunto estável de preferências (homem econômico igualmente em um contexto de conflito tende a fazer escolhas conforme suas preferências) e [3] acumulação de informações e outros insumos de mercados variados (busca por informações para tomada de decisões para a solução do litígio).

Segundo Bianca Bez, a ponderação entre custos e benefícios para o ajuizamento da ação judicial, mais especificamente, levará em consideração três aspectos<sup>62</sup>: “(i) os custos “*lato sensu*” de ajuizamento, que abrangem a contratação de advogado, as taxas e as custas judiciais iniciais; (ii) os benefícios esperados com a possibilidade de julgamento procedente dos pedidos contidos na ação judicial; e (iii) a probabilidade de sucesso da demanda”.

Sobre essa ponderação entre os custos totais do processo judicial e os benefícios esperados com o julgamento favorável, Steven Shavell<sup>63</sup> pondera que, quanto menor o custo para litigar, quanto maior a probabilidade de julgamento procedente e quanto maior a perspectiva de ganho esperado com o julgamento, maior será proporcionalmente a probabilidade de o potencial litigante ajuizar a ação.

Por outro lado, a avaliação e a decisão sobre se sentar à mesa de negociação e transigir passa, necessariamente, por uma avaliação do provável resultado do julgamento.

Samuel Gross & Kent Syverud<sup>64</sup> argumentam que, na ausência de motivações extrínsecas, um litigante racional ponderará, ainda que grosseiramente, sobre a

---

<sup>62</sup> GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 48.

<sup>63</sup> SHAVELL, Steven. “Foundations of economic analysis of law”. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1946/2004, p. 390, *apud* GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 51.

<sup>64</sup> Samuel Gross & Kent Syverud, Don’t Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared To Settlement, 44 UCLA L. Rev. 51 (1996): “Every theory of pretrial bargaining assumes that a negotiated settlement is determined, at least in part, by the parties’ predictions of the outcome of the case if it did go to trial.”, *apud* Randall L. Kiser, Martin A. Asher, and Blakeley B. McShane, “Let’s Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiations”, Journal of Empirical Legal Studies, Volume 5, Issue 3, 551–591, September 2008, p. 552. Tradução livre. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2008.00133.x>

proposta de acordo de um adversário em comparação com o provável resultado do julgamento sobre o caso concreto; ajustará o valor de honorários advocatícios, custas judiciais e a possibilidade de atrasos, erros de julgamento e recursos, para, enfim, aceitar ou rejeitar o acordo do adversário proposta.<sup>65</sup>

Examinando-se os conceitos das técnicas negociais do Programa de Negociação da Harvard Law School, para o litigante que escolher não aceitar a oferta de um adversário em uma negociação e tenha a intenção de buscar um julgamento por um juiz, as expectativas quanto à viabilidade de obter decisões judiciais favoráveis são a sua MASA (Melhor Alternativa Sem Acordo) ou (BATNA - Best Alternative To a Negotiated Agreement), conceito introduzido por Roger Fisher e William Ury em “Getting to Yes”<sup>66</sup>. A MASA ou BATNA “representa todos os caminhos que nos restam caso não fechemos o acordo que pretendemos. São as escolhas que nos sobram se não obtivermos o SIM às opções geradas na negociação”<sup>67</sup>. Por definição, para Bruce Patton, uma alternativa ao acordo necessita ser um curso de ação que o negociador pode implementar sem o consentimento do outro negociador.<sup>68</sup>

Richard Allen Posner<sup>69</sup> alerta que, como os custos econômicos dos acordos são normalmente muito mais baixos do que os custos de uma ação judicial, a fração de casos resolvidos é um determinante importante dos custos diretos totais da resolução de disputas judiciais, sendo importante lembrar que, comparativamente, acordos que repliquem os resultados dos julgamentos reduzem os custos sociais de resolução de disputas.<sup>70</sup>

Posner acrescenta que a condição necessária para que um acordo aconteça é que o valor mínimo pedido pelo autor – ou o menor valor que ele aceitará na liquidação

---

<sup>65</sup> Randall L. Kiser, Martin A. Asher, and Blakeley B. McShane, Op. Cit., p. 552.

<sup>66</sup> FISHER, Roger; URY, William. Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

<sup>67</sup> Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. – Brasília, EAGU, 2017, p. 32/33. Disponível em: [https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/arquivos/manual\\_de\\_negociacao\\_agu-1.pdf](https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/arquivos/manual_de_negociacao_agu-1.pdf)

<sup>68</sup> Tradução livre: “By definition, an alternative to agreement must be a course of action that the negotiator can implement without the consent of the other negotiator(s)”.

<sup>69</sup> Posner, Richard A. “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration.” *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 2, 1973, pp. 399–458. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/724058>. Accessed 20 Feb. 2023.

<sup>70</sup> Para ilustrar, suponha que as partes façam um acordo extrajudicial nos mesmos termos que um julgamento teria produzido. Como os resultados do acordo ou do julgamento são os mesmos, por suposição, os custos de erro (se houver um erro) do acordo são iguais aos custos de erro do julgamento. Os custos administrativos do acordo, no entanto, são muito menores do que os de um julgamento. Consequentemente, o acordo gera economia sobre os custos sociais. Em geral, os acordos que replicam os resultados dos julgamentos reduzem os custos sociais de resolução de disputas. COOTER, Robert and ULEN, Thomas. Op. Cit, p. 385. Tradução livre.

de seus interesses - seja menor do que a oferta máxima do réu. Vale dizer, deve haver espaço de intersecção na curva de valores mínimos pedidos pelo autor e os valores máximos ofertados pelo réu para que a negociação ocorra.

A essa margem de negociação possível, entre aquilo que os negociadores querem obter, o chamado preço-alvo, e aquilo que aceitam obter no acordo, o chamado preço de reserva, chama-se de “Zona de Possível Acordo” ou simplesmente “ZOPA”<sup>71</sup>.

O fato de, inicialmente, não ser possível se ter certeza se as partes chegarão ou não a um acordo de valores mutuamente satisfatórios não é determinante para se dizer que elas serão bem ou malsucedidas nas negociações. Na verdade, o litígio judicial ocorrerá quando a oferta mínima do autor for maior do que a oferta máxima do réu. Não havendo espaço mínimo possível nas margens de valores de reserva das partes, a negociação nem se iniciará.

Richard Posner<sup>72</sup> ressalta que, para que um acordo seja possível, a oferta mínima do **autor/demandante** corresponderá ao valor estimado por ele para o litígio acrescido dos seus custos no acordo. Já o valor esperado do litígio diz respeito ao valor do provável e estimado do julgamento favorável ao autor menos o valor presente de suas despesas processuais (custas processuais, honorários de sucumbência e periciais, etc.).

No que se refere à oferta máxima do **réu/demandado** para um acordo, Posner diz que ela corresponderá ao valor do custo estimado do litígio, que consiste em suas despesas processuais (custas processuais, honorários de sucumbência e periciais, etc.), mais o custo de um julgamento (por ele estimado) que lhe imponha uma condenação, multiplicado pela probabilidade da vitória do **autor/demandante** (que é igual a um menos a probabilidade de seu ganho), menos seus custos com o acordo.

Posner adverte que qualquer coisa que possa reduzir a oferta mínima do autor ou aumentar a oferta máxima do réu, como um aumento nas despesas do litígio da parte relativamente aos seus custos no acordo, poderá reduzir a probabilidade do litígio judicial, impactando positivamente a formação da ZOPA (Zona do Possível Acordo) e aumentando as chances do acordo.

---

<sup>71</sup> FIGUEIREDO MOURAO, Alessandra Nascimento Silva e. *Técnicas de Negociação para Advogados*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37.

<sup>72</sup> Posner, Richard Allan. Op. Cit., p. 418.

A contrário senso, eventuais medidas adotadas para reduzir os custos do litígio judicial podem tornar os julgamentos, que geralmente são mais caros do que os acordos, mais atraentes do que antes da introdução dessas medidas.

Assim, qualquer coisa que provoque um aumento do pedido mínimo do autor na negociação, como um aumento sobre suas apostas de vencer a causa, ou que reduza a oferta máxima do réu, como um aumento das próprias expectativas de também vencer o processo, poderá aumentar a probabilidade de o litígio judicial acontecer. Isso porque ficarão reduzidas as margens de oferta pelas partes na mesa de negociação, reduzindo a Zona do Possível Acordo.

#### **5.2.2.2. A maximização da utilidade esperada e as atitudes em relação ao risco e em relação à incerteza**

A ideia de que indivíduos possam agir como maximizadores racionais de suas preferências (sejam elas quais forem), e que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis (as situações de equilíbrio), sugere que os indivíduos possam também responder a incentivos, como visto anteriormente.

Nos mercados, usualmente os indivíduos realizam escolhas que maximizem seus benefícios e, ao mesmo tempo, que minimizem seus custos. Isso quer dizer que, na média, os consumidores geralmente consumirão menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair.<sup>73</sup>

Mas como as pessoas fazem escolhas em situação de incerteza e de risco? Em suas trocas de mercado, elas buscam a maximização de valores ou de utilidades?

Fala-se em risco quando é possível fazer probabilidades de resultados em qualquer evento, sendo possível ao agente distribuir essas probabilidades para os diversos cenários imaginados.

Existe incerteza quando não é possível fazer esse tipo de associação probabilística a um conjunto de possíveis resultados, porque desconhecidos. Ela envolve a falta de informações sobre uma variável econômica e quais serão os seus efeitos em uma situação futura.

---

<sup>73</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. Cit., p. 20.



Neste caso (de incerteza) o agente não consegue seguir uma regra formal de decisão, apenas pode se calcar na sua intuição, o que Frank Knight denominou de “julgamento”, em sua obra *Risco, Incerteza e Lucro*.<sup>74</sup>

Segundo Cooter e Ulen<sup>75</sup>, a explicação formal para esse fenômeno de evitar jogos de azar foi oferecida pela primeira vez no século XVIII pelo matemático e clérigo suíço Daniel Bernoulli.

Bernoulli notou que as pessoas que tomam decisões sob incerteza não tentam maximizar os valores monetários esperados. Em vez disso, eles maximizam a utilidade esperada, o que permitiu introduzir uma melhor noção das atitudes dos tomadores de decisão em relação ao risco.

Bernoulli, em sua teoria que ficou conhecida por Paradoxo de S. Petersburg, sugeriu que uma relação comum entre renda monetária e utilidade era que, à medida que a renda aumentava, a utilidade também aumentava, mas a uma taxa decrescente.

Erick Navarro Wolkart<sup>76</sup> se utiliza de um bom exemplo para explicar a *teoria da utilidade esperada* a partir de uma metáfora sobre um almoço feito tardiamente em um dia cansativo e em um restaurante de *buffet* farto:

“Metaforicamente *morrendo de fome*, você coloca o máximo de comida possível no prato e dispara a comer avidamente.”

...”as primeiras garfadas proporcionam enorme prazer, o que não acontece nas últimas, quando já estamos fartos, não sendo raro inclusive deixarmos parte da comida no prato.”

Quando um mesmo indivíduo recebe uma quantidade acumulada do mesmo bem, o valor dado a esse bem não é o mesmo que se dá quando se tem pouca ou nenhuma unidade do mesmo bem, quando passa a ser muito mais valiosa como objeto de interesse (em razão da sua escassez para o indivíduo). Quando dele se tem muito, “uma nova unidade tem cada vez menos valor (as porções finais no prato do nosso exemplo)”.

Interpretados os conceitos de Bernoulli, arremata Navarro, com suporte em Daniel Kahneman, que a utilidade esperada “do dinheiro é uma função logarítmica da riqueza, de modo que o impacto psicológico para uma determinada mudança de

---

<sup>74</sup> Knight, Frank (1921): 267 - Risk, Uncertainty and Profit. - Boston: Houghton Mifflin. Disponível em: <https://archive.org/details/riskuncertainty00knigrich/page/3/mode/1up?ref=ol&view=theater>

<sup>75</sup> COOTER, Robert and ULEN, Thomas. Op. Cit, p. 44. Tradução livre.

<sup>76</sup> WOLKART, Erik Navarro. Op. Cit., p. 164/164.

riqueza é inversamente proporcional à quantidade de riqueza de uma determinada pessoa”.

Assim, uma pessoa com utilidade marginal decrescente da expectativa dos retornos monetários é chamada de **avessa ao risco**.

Os economistas presumem que a maioria das pessoas é **avessa ao risco**, mas algumas pessoas são **neutras em relação ao risco** ou, como jogadores, alpinistas e motoristas de automóveis, **preferem o risco**. Assim como a aversão, essas atitudes em relação ao risco também podem ser definidas em termos da função de utilidade do indivíduo no retorno esperado e na utilidade marginal de retorno.

Alguém que é **neutro ao risco** tem uma utilidade marginal constante de renda e é, portanto, indiferente entre uma certa expectativa de renda e uma incerteza sobre a perspectiva de igual retorno esperado.

Alguém que **prefere riscos** tem uma utilidade marginal crescente de expectativa de renda e, portanto, prefere uma incerteza em relação aos retornos do que uma expectativa de certeza do retorno esperado. Assim, para a pessoa que prefere o risco, aumenta a utilidade marginal da renda.

Desta forma, existem três possibilidades:

**Aversão ao risco:** se o agente prefere o retorno esperado ao jogo;

**Neutralidade ao risco:** se é indiferente em relação às duas opções;

**Propensão ao risco:** se o agente prefere o jogo ao retorno esperado.

Dentre as conclusões de Bernoulli, validadas pelos economistas mais modernos, a que mais nos interessa é que a maioria das pessoas é avessa ao risco e prefere o certo ao incerto.

E como as lições de Bernoulli impactam as avaliações sobre risco e incerteza na conduta do agente que tomará a decisão entre litigar e buscar o acordo?

Como já mencionado antes, o litigante racional fará uma ponderação sobre a proposta de acordo de um adversário levando em consideração a probabilidade do resultado do julgamento sobre o caso concreto.

Pela teoria do risco, se a maioria das pessoas é avessa ao risco, a taxa de utilidade marginal é decrescente e, em consequência, se a preferência pelo ganho depende da quantidade de riqueza e há uma menor tendência de busca pelo risco à medida em que cresce a quantidade de valores auferidos, a conclusão é de que não haverá utilidade no risco em relação aos valores extras a serem buscados. As pessoas

avessas ao risco darão preferência pela certeza de receber um valor menor do que correr o risco de tentar buscar um valor maior pelo mesmo interesse.

Nessa hipótese, o agente buscará algumas referências mais objetivas para estimar a probabilidade de sucesso do resultado buscado com eventual ação, para entender quais serão os valores alvo para buscar a certeza de recebimento por meio do acordo. Nas técnicas negociais inicialmente propugnadas por William Ury e Bruce Patton, como visto, trata-se de fazer a ponderação estratégica entre a MASA (BATNA) e o acordo negociado e avaliar o que é melhor para os seus resultados esperados.

Como bem salientado por Bianca Bez<sup>77</sup>, para que o agente econômico tenha a possibilidade de realizar o seu exame de probabilidades, é de grande valia a existência de um sistema legal “coeso e previsível” de precedentes judiciais. A instabilidade sobre as regras de distribuição de responsabilidades legais gera incentivos distorcidos e pode resultar em um maior número de reinvidicações judiciais, gerando maiores externalidades e tornando mais onerosas as trocas de mercado.

Em um sistema de precedentes vinculantes com razoável previsibilidade de resultado final para as partes, com custos do processo bem definidos, sistema probatório com razoável precisão, torna-se mais fácil calcular o “valor do processo esperado pelas partes (o chamado valor de reserva do autor, representando o mínimo que o autor racional almeja no processo e o máximo que o réu racional imagina que o feito irá lhe causar)”<sup>78</sup>, permitindo-se a formação da Zona do Possível Acordo (ZOPA), como visto linhas atrás.

Já em um ambiente de jurisprudência instável ou sem precedentes vinculantes, meios probatórios pouco confiáveis e com custos processuais baratos, a possibilidade de elaboração do cálculo do valor esperado com o conflito se reduz e uma oportunidade de conciliação pode não acontecer, “ficando cada parte com suas íntimas convicções de vitória, muitas vezes assimétrica”<sup>79</sup>, o que inviabiliza a conduta cooperativa entre as partes para a busca da solução negociada ou de um processo judicial mais célere, por meio de negócios processuais.

Feitos esse breves alinhamentos sobre a estruturação da tomada de decisão pelos indivíduos a partir das teorias da econômica neoclássica, com foco

---

<sup>77</sup> GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 58.

<sup>78</sup> WOLKART, Erik Navarro. Op. Cit., p. 168.

<sup>79</sup> WOLKART, Erik Navarro. Op. Cit., p. 169.

predominante na teoria da escolha racional, que leva em consideração a tomada de decisão maximizadora de resultados e minimizadora de custos, sob a ótica do homem econômico, passaremos em seguida a examinar as teorias mais modernas sobre a arquitetura de escolhas da economia comportamental, a partir da compreensão sobre a limitação da racionalidade do ser humano, com o enfoque da *bounded rationality* e da *prospect theory*.

### 5.2.3. A *Bounded Rationality* (Homem Econômico x Homem Real)

Ao abordar a noção de racionalidade, a pesquisa em Direito e Economia Positivo não deseja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo economicus*, cuja racionalidade é ilimitada e à prova de falhas, o que o afastaria da ideia do homem real, que toma decisões em seu dia-a-dia cercado de tarefas complexas e limitado por suas emoções, que afetam seu psicológico e seu comportamento prático.

Também não significa que “necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios (embora este cálculo frequentemente ocorra, e qualquer advogado processualista saiba disso porque age estrategicamente no curso processo)”<sup>80</sup>.

Assim é que o paradigma da “hiper-racionalidade” vem sendo temperado na pesquisa pela visão de que os seres humanos, dotados de processos decisórios falíveis, não se espelham na ideia do homem que maximiza de forma ótima os resultados e minimiza seus custos totalmente em suas decisões e trocas de mercado.

A tarefa do direito comportamental e da economia, em contraposição à economia tradicional, é explorar as implicações do comportamento humano perante a lei, na vida real (não hipotética).

Como “pessoas reais” se diferenciam de *homo econômico*? Cass R. Sunstein, Christine Jolls e Richard H. Thaler<sup>81</sup> descrevem as diferenças enfatizando três “limites” (*bounds*) importantes no comportamento humano que questionam as ideias centrais de maximização de utilidade, de preferências estáveis, de expectativas racionais e de processamento ideal de informações. Para eles, as pessoas exibem “racionalidade

---

<sup>80</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. Cit., p. 16.

<sup>81</sup> Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 55, 1998), pp. 5 a 10. Tradução livre.

limitada” (*bounded rationality*), força de vontade limitada (*bounded willpower*) e interesse próprio limitado (*bounded self-interest*).

A primeira limitação (*bounded rationality*) será abaixo explorada a partir da teoria de Herbert Simon. A segunda limitação humana é a da força de vontade, por influência da qual, dizem os autores, os seres humanos muitas vezes tomam ações que eles sabem estar em conflito com seus próprios interesses de longo prazo (ex.: vontade parar de fumar, que nunca se concretiza). A terceira é a limitação do próprio interesse, que ocorre pela concepção mais ampla de justiça ou de injustiça, em que as pessoas tendem a se preocupar em ser tratados de forma justa e querem tratar os outros de forma justa, se esses outros estiverem se comportando de maneira justa em troca, conforme uma percepção de reciprocidade de tratamento.

Sobre a primeira limitação (da racionalidade), o professor Herbert Alexander Simon, prêmio Nobel em Economia, foi um dos primeiros economistas modernos a criticar o modelo de racionalidade do *homo economicus*, referindo que os seres humanos são incapazes de se comportar de acordo com esse arquétipo, com base em dúvidas se este modelo esquematizado do homem econômico é capaz de fornecer uma base adequada para erigir uma teoria a respeito de como homens e empresas se comportam, ou de como eles "deveriam" se comportar racionalmente<sup>82</sup>.

Conforme bem esclarecido por Bianca Bez<sup>83</sup>, o racional dessas limitações, para Herbert Simon, parte das seguintes premissas:

1) o modelo da escolha racional se ajusta com razoável aproximação às hipóteses formuladas pela economia clássica, sendo um importante e útil instrumento de avaliação;

2) no entanto, o modelo da escolha racional dificilmente, dadas as limitações cognitivas dos seres humanos, se aplicariam em situações de alta complexidade, especialmente porque o indivíduo, na maioria das vezes, não detém todas as informações relevantes sobre cada alternativa;

3) essas limitações cognitivas humanas implicariam em substituir a função de maximização da utilidade (padrão ótimo) por uma tomada de decisão “boa o suficiente” para cada situação concreta (padrão satisfatório);

---

<sup>82</sup> HERBERT, Simon Alexander. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 69, n. 1, p. (Feb., 1955), pp. 99-118.

<sup>83</sup> GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 84/96.

4) a incapacidade cognitiva resulta do fato de que quem decide não possui conhecimento completo e exato das consequências de cada alternativa e, ainda que o tivesse, não seria capaz de processar todas as informações, por falta de capacidade cognitiva de processamento de dados, para a maximização dos resultados pelo padrão ótimo, especialmente diante de questões complexas;

5) a conjuntura subjetiva (limitações de memória) e psicológica (hábitos e costumes) dos indivíduos afetam e limitam a racionalidade humana, motivo pelo qual as escolhas tendem mais a um padrão “estímulo-resposta” do que um padrão ótimo;

Tais constatações reafirmariam a premissa da satisfação nas tomadas de decisão sob perspectiva da *bounded rationality*, pois, muito embora seja desejável a adoção da melhor decisão entre as opções disponíveis (maximização de resultados), a busca do indivíduo cessa quando ele se dê por satisfeito com as decisões. a

#### 5.2.4. A *Prospect Theory* e a influência das heurísticas e dos vieses cognitivos

Os precursores da Teoria da Perspectiva (ou *Prospect Theory*), Daniel Kahneman e Amos Tversky, iniciaram suas pesquisas sobre a economia comportamental se ocupando de uma inquietação sobre como muitas das decisões são baseadas em crenças sobre como as pessoas avaliam a probabilidade de um evento incerto ou valor de uma quantidade incerta.

Em seu artigo “Judgment under Uncertainty? Heuristics and Biases”<sup>84</sup>, eles procuram demonstrar como e porque as pessoas confiam em um número limitado de princípios heurísticos para reduzir complexas tarefas de avaliação de probabilidades e de predição de valores a operações de julgamento mais simplificado, mas, como, apesar de sua utilidade, esses “atalhos mentais” levam as pessoas, por vezes, a graves erros sistemáticos.

Em seu experimento, Tversky e Kahneman<sup>85</sup>, descreveram, inicialmente, pelo menos três heurísticas (representatividade, disponibilidade e ancoragem) com o objetivo de demonstrar empiricamente que o ser humano não se comporta de maneira esperada, pelo modelo da escolha racional da economia clássica, a partir de análise

---

<sup>84</sup> TVERSKY, Amos/ KAHNEMAN, Daniel. *Judgment Under Uncertainty: heuristics and biases*. *Science, New Series*, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1738360> ou <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>

<sup>85</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974, p. 1124.

de elementos puramente objetivos para tomada de decisão sobre as trocas de mercado, que incluem as negociações de maneira geral.

Por **heurísticas**, eles consideraram o “método de investigação com base na aproximação progressiva de um problema, de modo que cada etapa é considerada provisória”<sup>86</sup>. Trata-se, grosso modo, de uma “regra de bolso” imaginada para permitir que o cérebro faça um julgamento difícil e rápido. Já os **vieses** surgem, na opinião dos autores, da confiança de que as heurísticas, pela sua alta probabilidade de repetição, provocam a previsibilidade de erros sistemáticos (vieses previsíveis).

Os experimentos dos autores partiam de suas percepções sobre os atalhos simplificadores do pensamento intuitivo com abordagem estatística, agregados a elementos da psicologia, para explicar cerca de vinte vieses cognitivos como manifestações dessas heurísticas, e como demonstrações do seu papel no julgamento humano.

Segundo os festejados autores, os estudos originados do seu primeiro artigo de 1974 buscavam desafiar as duas principais ideias sobre a natureza humana que até então eram amplamente aceitas pelos cientistas sociais da década de 1970, quais sejam: 1) a de que as pessoas, em geral, são racionais e suas opiniões normalmente são sólidas; e 2) a de que as emoções como o medo, a afeição e o ódio explicariam a maioria dos casos em que as pessoas se afastam da racionalidade ao tomar decisões ou realizar julgamentos.

Revisitando esses estudos de Tversky e Kahneman, Eyal Peer & Eyal Gamliel, observaram que as heurísticas são atalhos cognitivos, ou regras práticas, por meio das quais as pessoas geram julgamentos e tomam decisões sem ter que considerar todas as informações relevantes, confiando, ao invés disso, em um conjunto limitado de pistas que auxiliam sua tomada de decisão. Heurísticas surgem devido ao fato de que temos limitações cognitivas e recursos motivacionais e que precisamos usá-los de forma eficiente para tomar decisões cotidianas.

Daniel Kahneman, na obra “Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar”<sup>87</sup>, por meio de um exemplo simples e fascinante nos explica como funcionam os atalhos

---

<sup>86</sup> KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 14.

<sup>87</sup> *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pág. 21 e 22.

mentais na prática, ao contar sobre uma visita que fez ao diretor de investimentos de uma grande empresa financeira, que lhe contou ter investido dezenas de milhões de dólares em ações da Ford Motor Company.

Ao ser questionado como tomara aquela decisão, a resposta foi rápida e confiante no sentido de que assim decidira porque fora recentemente a uma feira automobilística onde ficara impressionado sobre como “eles sabem mesmo construir um carro!”. O que, de fato, impressionou Kahneman foi como a pergunta principal que um economista teria achado relevante não foi enfrentada pelo seu interlocutor: “As ações da FORD estão subvalorizadas no momento?”.

A percepção de Kahneman foi de que a decisão foi tomada com base em um atalho emocional e intuitivo. Como ele gostava de carros do fabricante e namorava com a ideia de possuir algumas de ações da empresa, passou-lhe a impressão (ruim) de que o seu interlocutor não sabia o que estava fazendo.

O mecanismo mental nesse exemplo, segundo o festejado autor, funcionou assim:

“A questão que o executivo enfrentava (devo investir em ações da Ford?) era difícil, mas a resposta a uma questão mais fácil e relacionada (gosto de carros da Ford?) veio prontamente à sua mente e determinou sua escolha. Isso é a essência das heurísticas intuitivas: quando confrontados com uma questão difícil, muitas vezes respondemos a uma mais fácil no lugar dela, normalmente sem perceber a substituição.”

A praticidade das heurísticas, no entanto, pode nos levar a desenvolver desvios sistemáticos e previsíveis no processo de tomada de decisão em razão da utilização de atalhos mentais: esses atalhos geram uma verdadeira sabotagem ao próprio pensamento. De fato, os atalhos que o nosso cérebro utiliza para otimizar a realização de uma escolha, pode levar a um comportamento enviesado ou marcado pelos chamados vieses cognitivos.

As heurísticas e os vieses cognitivos podem ser considerados benéficos na medida em que ajudam o indivíduo a tomar decisões rápidas e muitas vezes eficientes – no entanto, a presença de tais atalhos cognitivos pode levar à realização de escolhas equivocadas (que se revelam violadoras dos axiomas da abordagem neoclássica) ou, dentre as hipóteses possíveis, a que não se relevaria a melhor opção, especialmente pela perspectiva do modelo da escolha racional (abordagem econômica neoclássica).

Embora tais heurísticas sejam geralmente adaptáveis e contribuam para a nossa vida diária, ajudando-nos a simplificar a forma como tomamos nossas decisões



ou resolvemos nossos problemas, seja em cenários de incerteza ou diante de situações complexas, a confiança em uma parte limitada de informações relevantes às vezes resulta em vieses sistêmicos e previsíveis que levam a decisões sub-ótimas<sup>88</sup>.

### 5.2.5. As heurísticas da representatividade, da disponibilidade, da ancoragem, do afeto e do excesso de confiança

A seguir, vamos sintetizar as principais heurísticas identificadas por Tversky e Kahneman, bem como por outros estudiosos da economia comportamental, e que nos servirão de referência para o objeto do presente estudo, tendo sido escolhidas em razão da sua maior ou menor influência psicológica, como emoções subjetivas, negativas ou positivas, que podem, como atalhos cognitivos usualmente presentes, interferir no processo de tomada de decisão dos indivíduos, especialmente quando se deve escolher entre ajuizar uma ação judicial ou, eventualmente, negociar a entabulação de um acordo. Vejamos:

**1) Heurística da Representatividade ou da Similaridade** (*Representativeness heuristic*): é o atalho mental e subjetivo por meio do qual a pessoa leva em conta situações passadas para tomar decisões mais rápidas nas situações do presente, analisando a probabilidade de ocorrência da seguinte forma: o evento A é mais provável que um evento B, tendo em vista que o evento A demonstra ser mais representativo para essa pessoa do que B. As pessoas tendem a avaliar essa probabilidade pela facilidade com que essas situações anteriores são trazidas às suas mentes, desconsiderando ou sendo insensíveis em relação: a) às probabilidades apresentadas em momento anterior; b) ao tamanho da amostra apresentada; c) à aleatoriedade do acaso; d) à previsibilidade, deixando de lado as evidências apresentadas para determinado caso ou precisão de suas previsões; e, por fim, e) tendem a confiar injustificadamente nas próprias probabilidades por elas indicadas à medida em que o grau de representatividade aumenta, gerando “uma ilusão de validade”.<sup>89</sup> Ex.: compra de ações da Ford Motor Company, linhas acima relatado.

---

<sup>88</sup> PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118. 2013, p. 114. Disponível em: <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>.

<sup>89</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974, p. 1124, *apud* GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 100 a 102.

2) **Heurística da Disponibilidade** (*Availability heuristic*): por esse atalho mental, as pessoas tendem a avaliar a probabilidade de ocorrência de um evento ou de uma categoria pela facilidade com que essas situações são trazidas às suas mentes, que nos fará decidir em função de um exemplo ainda fresco na memória. Também é possível a correlação entre eventos concomitantes e frequentes, que pode gerar algum grau de associação entre eles (efeito da correlação ilusória). Exs: eventos dramáticos com grande cobertura de mídia; experiências pessoais marcantes; achar um trevo de quatro folhas e ter muito sorte no mesmo dia.<sup>90</sup>

3) **Heurística da Ancoragem** (*anchoring heuristic*): trata-se da tendência das pessoas de se apegarem a um ponto de partida ou a um valor inicial antevisto como referência, a partir do qual ajustam suas percepções sobre a probabilidade de ocorrência de algum acontecimento ou mesmo para a realização de julgamentos, em especial quando há estimativas numéricas envolvidas.<sup>91</sup> Ex.: Ao perguntadas sobre quantos partidos políticos existem no Brasil, as pessoas tendem a confiar em um valor disponibilizado anteriormente, mesmo que não verse sobre o tema e esteja longe da resposta correta.

4) **Heurística do Afeto** (*affect heuristic*): diz respeito ao estado de sentimentos, positivos ou negativos, e às reações emotivas (como felicidade, tristeza, raiva, ressentimento, satisfação, euforia, etc.) que podem influenciar o comportamento do indivíduo e a tomada de decisão, fazendo-os acreditar que estão tomando uma decisão racional e que estão a sopesar todos os prós e contras das várias alternativas<sup>92</sup>. Ex.: comprar um carro ou uma casa porque gosta mais, porque é mais bonito ou porque chama mais a atenção, sem avaliar o estado em que se encontram ou os elementos de mercado relacionados ao bem.

5) **Heurística do Excesso de Confiança** (*overconfidence heuristic*): envolve a tendência das pessoas de serem excessivamente confiantes em suas escolhas e posicionamentos, demonstrando alto grau de certeza sobre eles. E a “discrepância entre a exatidão da resposta e o excesso de confiança aumenta à

---

<sup>90</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974, p. 1124, *apud* GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 103 a 104.

<sup>91</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, new series, v. 185, p. 1124-1131, sep. 27, 1974, p. 1124, *apud* GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 105.

<sup>92</sup> FINUCANE, Melissa L.; ALHAKAMI, Ali; SLOVIC, Paul. The affect heuristic in judgments of risks and benefits. *Journal of Behavioral Decision Making*, v. 13, issue 1, p. 1-17, 2000, *apud* GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 115.

medida que o respondente é mais bem informado”<sup>93</sup>, mas, ao contrário, tende a ser menos influente à medida que o indivíduo tem pouco ou menor conhecimento sobre o assunto. Ex.: *experts* que confiam em suas habilidades tendem a dar respostas rápidas e equivocadas mesmo sem deter todas as informações disponíveis sobre os fatos.

### 5.2.6. Os vieses confirmatórios, egocêntrico e otimista

Sobre os vieses cognitivos, segue a síntese dos principais vieses que nos servirão de referência para o objeto do presente estudo:

- 1) **Viés confirmatório** (*confirmation bias*): refere-se à tendência das pessoas de buscarem informações ou dados que confirmem ou corroborem suas crenças e posições previamente estabelecidas, ignorando ou derrogando as informações que as elas se opõem. Em um mundo de informações, o indivíduo escolhe apenas aquela (s) que confirmem suas pré-concepções.
- 2) **Viés egocêntrico** (*egocentric bias*): diz respeito à tendência das pessoas de acreditarem que estão acima da média em relação aos demais indivíduos que exercem atividade semelhante ou que possam contribuir mais que outros no desenvolvimento de um projeto conjunto. Baseia-se, ainda, na manipulação do conceito de justiça com foco no auto-interesse (*Self-Serving Conceptions of Fairness*<sup>94</sup>). Ex.: quando membros de um casal são consultados sobre estimativas da sua contribuição própria para a realização tarefas domésticas e dão somas que excedem significativamente 100%.
- 3) **Viés otimista** (*optimistic bias*): relativo à tendência de as pessoas superestimarem a ocorrência de eventos positivos ou benéficos, criando expectativas melhores que a realidade. As pessoas tendem a pensar que eventos ruins têm muito menor probabilidade de acontecer com eles do que com outros. Assim, a maioria das pessoas pensa que sua probabilidade de um resultado ruim é muito menor do que a probabilidade de outros, embora isso não possa ser verdade para mais da metade da população.<sup>95</sup> Muito

---

<sup>93</sup> PIATELLI-PALMARINI, Massimo. *Inevitable Illusions: How Mistakes of Reason Rule our Minds*, p. 119, *apud* GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 119.

<sup>94</sup> Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, Op. Cit., p. 35. Tradução livre.

<sup>95</sup> Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, Op. Cit., p. 64. Tradução livre.

embora a superconfiança de um especialista seja mais valorizada do que a incerteza, o otimismo exagerado pode levar as pessoas “a assumir riscos que teriam evitado se soubessem melhor sobre suas chances”<sup>96</sup>. Ex.: CEO’s de empresas ao apostarem em performance de algumas ações com livre cotação em mercado, podem agir com excesso de otimismo (*overoptimism*), e gerar prejuízos vultosos às empresas que lideram.

### 5.2.7. A arquitetura de escolhas, a psicologia e a sua influência na tomada de decisão sob a lógica da *Prospect Theory*

Ao abordar a Arquitetura de Escolhas, Richard Thaler<sup>97</sup>, economista norte-americano que recebeu o prêmio Nobel de Economia de 2017, mencionando um hábito percebido no início de sua carreira entre alunos da faculdade de administração, percebeu que toda vez que os alunos que tentavam sair mais cedo da sala de aula e que tinham que passar pelas portas duplas na frente da sala, à vista de toda a turma, e que continham puxadores de madeira grandes e bonitos em formato cilíndrico com sessenta centímetros de comprimento, se deparavam com dois instintos contraditórios ao se aproximarem das portas:

“Um dos instintos dizia que, para sair da sala, era preciso empurrar a porta. Outro que, diante de dois puxadores de madeira obviamente instalados para serem segurados, o certo era puxar. No fim, o segundo instinto predominava sobre o primeiro, e todo estudante que saía da sala tentava primeiro puxar a porta. Infelizmente, porém, a porta abria para fora”.

E prossegue ele:

“Em determinado momento do semestre, Thaler contou isso para a turma durante a tentativa de fuga de um aluno envergonhado. A partir de então, toda vez que um aluno se levantava para sair, o resto da turma esperava atentamente para ver se ele iria puxar ou empurrar a porta. Por incrível que pareça, a maioria continuava puxando!”

A verdade é que o próprio Thaler se surpreendia puxando timidamente a porta, demonstrando uma irrefutável vitória do “Sistema Automático: parecia simplesmente impossível ignorar o sinal emitido por aquele grande puxador de madeira.”

Essas portas, observa ele, são um “exemplo de má arquitetura, pois violam um simples princípio psicológico que tem um nome complicado: compatibilidade estímulo-resposta”.

---

<sup>96</sup> KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 328/329.

<sup>97</sup> THALER, Richard H. Nudge. Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade/Richard H. Thaler. Cass R. Sustein: tradução Ângelo Lessa – 1ª edição – Rio de Janeiro: Objetiva. 2019, pág. 97 – 98.

Segundo o autor, a ideia é que “o sinal que você recebe (estímulo) deve ser coerente com a ação desejada. Quando há inconsistências, há uma queda no desempenho, e como resultado as pessoas se equivocam.”

De fato, o funcionamento do cérebro humano é, no mínimo, curioso. Como somos capazes de tomar decisões extremamente complexas e densas e, ao mesmo tempo, cometer erros em tarefas muito simples, como lembrar onde deixamos a chave do carro?

A psicologia e a neurociência, de quem a economia comportamental pegou de empréstimo ideias-chaves para compreender como são tomadas as decisões pelo cérebro dos seres humanos e como acontecem essas aparentes contradições, ajudaram a construir a percepção de que existem duas formas de pensar: um intuitivo e automático (sistema 1) e outro reflexivo e racional (sistema 2).

O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. Suas características são: descontrolado, fácil, associativo, rápido, inconsciente e prático.

O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos e são associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração. Suas características: controlado, complicado, dedutivo, lento, autoconsciente, obedece a regras<sup>98</sup>.

Como o sistema 1 gera mais conforto e consome menos energia do corpo humano no processo de tomada de decisões, o sistema automático é constantemente utilizado, enquanto o sistema 2 apenas é acionado em situações mais complexas, em que não há “conforto” para decidir (vez que demanda decisão reflexiva).

É possível treinar o sistema 1 para praticar tarefas complexas automaticamente, como dirigir um automóvel ou andar de bicicleta, que, de início, em momento de aprendizado, são desenvolvidas pelo sistema 2 do cérebro.

O problema surge quando entram em cena as heurísticas e os vieses, como o excesso de confiança, como veremos a seguir, que nos levam muitas vezes a cometer erros exatamente por confiar demais no Sistema 1 (automático), e tomar decisões impulsivas, com velocidade excepcional, mas eventualmente equivocadas.

---

<sup>98</sup> THALER, Richard H.. Op. Cit., p. 29 e 30.

É justamente nesse ponto em que a Teoria da Perspectiva (*Prospect Theory*) busca demonstrar, com Daniel Kahneman<sup>99</sup>, que a tomada de decisões pelas pessoas nem sempre se revelariam ótimas porque a aptidão, neutralidade ou aversão ao risco e à incerteza são influenciadas pelo modo como as escolhas são apresentadas.

Assim, do ponto de vista do tomador da decisão, avaliar a escolha como um ganho ou uma perda depende de como a arquitetura da escolha tiver lhe sido apresentada. O exemplo a seguir dado pelo autor (que foi objeto de pesquisa prática no presente estudo de caso como se verá adiante) retrata que a perspectiva da aversão ao risco (tratada por Bernoulli com enfoque na economia tradicional) é substituída pela busca do risco simplesmente com a mudança na arquitetura de escolhas:

Ex.: Problema 1: O que você prefere? Conseguir novecentos dólares com certeza OU 90% de chance de conseguir mil dólares?

Problema 2: O que você prefere? Perder novecentos dólares com certeza OU 90% de chance de perder mil dólares?

A aversão ao risco é a preferência da maioria das pessoas no Problema 1, como previsto pelo modelo de escolha racional de Bernoulli. Entretanto, ao contrário, a predisposição ao risco no Problema 2 pela maioria das pessoas que responderam à pesquisa demonstra que a perda certa é muito aversiva e isso as impulsionam a correr o risco, já que todas as opções são ruins.

Os efeitos de enquadramento (*framing effects*)<sup>100</sup>, correspondente aos modos diferentes de apresentar (formas de abordagem) a mesma informação, evocam diferentes emoções, como visto, e podem levar a conclusões precipitadas e equivocadas, quando tomadas com base no Sistema 1.

Muito embora possa existir equivalência em duas formulações que produzam resultados parecidos com abordagens distintas (como na tentativa acima), a forma como o indivíduo normalmente vê as formulações pode causar muitas vezes uma “cegueira” temporária e induzida no cérebro na tomada de decisão, causada por heurísticas e por vieses cognitivos, como visto acima, no caso acima, pela heurística da ancoragem.

---

<sup>99</sup> KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar / Daniel Kahneman; tradução Cássio de Arantes Leite – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 348.

<sup>100</sup> THALER, Richard H.. Op. Cit., p. 114.

Além do conhecimento sobre a arquitetura de escolhas, é importante conhecer uma outra ferramenta mais sutil para auxiliar as pessoas a alterarem seu comportamento e ajudá-las a tomar decisões difíceis e pouco frequentes: os NUDGES.

Um NUDGE significa “dar um empurrãozinho, cutucar as costelas, principalmente com os cotovelos”. É um “ato de alertar, lembrar ou avisar gentilmente”, sem forçar, proibir ou alterar significativamente os incentivos econômicos.<sup>101</sup>

Um NUDGE deve ser algo de “fácil realização e possível de ser evitada pelo ser humano”, já que não é uma obrigação.

Como características de um NUDGE, pode-se dizer que: a) deve ser de fácil implementação; b) deve ser não obrigatória (o indivíduo permanece com ampla liberdade para tomar sua decisão); c) a escolha sugerida deve ser fácil e objetiva para o indivíduo; d) deve ser capaz de mudar o comportamento sem mudança expressiva sobre os seus incentivos econômicos.<sup>102</sup>

Um dos exemplos práticos mais conhecidos de NUDGE é o caso dos banheiros masculinos do aeroporto de SCHIPHOL, em Amsterdam, na Holanda. A introdução de uma mosca preta em cada urinol foi capaz de chamar a atenção sobre a “mira” dos homens e reduzir em 80% a quantidade de urina que caía para fora do mictório e reduzir a necessidade de limpezas constantes nos banheiros.

### **5.3. A pesquisa aplicada ao estudo de caso: as heurísticas e os vieses de atrapalharam a tomada de decisão?**

Precisamos agora, examinar o caso concreto e avaliar como as decisões foram tomadas em direção ao acordo e como os processos de tomada de decisão ocorreram, se houve exame econômico sob o enfoque da escolha racional e se houve impacto de limitações de racionalidade, de heurísticas e de vieses cognitivos em algum momento das avaliações pelos atores envolvidos, especialmente do lado da União, tendo em conta o histórico de litígios judiciais envolvendo conflitos federativos perante o Supremo Tribunal Federal.

#### **5.3.1. Entrevistas semiestruturadas: justificativas para cada entrevista e o poder de decisão de cada ator entrevistado**

---

<sup>101</sup> THALER, Richard H.. Op. Cit., p. 12.

<sup>102</sup> GOULART, Bianca Bez. Op. Cit, p. 254.

Durante os estudos, foi realizada pesquisa com agentes públicos responsáveis pela tomada de decisão referente ao acordo do Campo de Marte, de modo a investigar a presença de heurísticas ou de vieses comportamentais no processo decisório nos ambientes da Administração Pública Federal e da Administração Pública Municipal envolvidas no conflito.

Entrevistas semiestruturadas foram realizadas por meio de questionários eletrônicos encaminhados por meio da ferramenta Google Forms, contendo a estruturação e o formato de perguntas a seguir transcritas<sup>103</sup>. Abaixo de cada pergunta, seguem-se gráficos com os percentuais de respostas para cada item.

A amostra foi obtida mediante envio do link da ferramenta Google Forms com o questionário semiestruturado para um total de 50 (cinquenta) agentes públicos da União e do Município de São Paulo. Esses indivíduos eram previamente conhecidos e todos de alguma forma se apropriaram de informações sobre o caso, analisaram documentos e participaram de reuniões de mediação e, ao final, estiveram envolvidos no processo de tomada de decisão sobre o acordo conduzido pela CCAF. Foram obtidas 19 (dezenove) respostas formais ao formulário, preservado o anonimato dos respondentes.

#### O ACORDO DO CAMPO DE MARTE. ANÁLISE DE UM CONFLITO FEDERATIVO.

O objetivo deste questionário é pesquisar como se deu o processo cognitivo de tomada de decisão sobre o fechamento do acordo entre a União e o Município de São Paulo a respeito do conflito sobre o CAMPO DE MARTE, mediante a compensação dos valores dessa condenação com a dívida decorrente do contrato de confissão, consolidação, promessa de assunção e refinanciamento de dívida, de modo a verificar se e como fatores psicológicos subjetivos, externos ou internos, podem ter impactado as escolhas dos agentes públicos.

Destaque-se que é assegurado o anonimato, não havendo identificação dos participantes da presente pesquisa.

Os dados obtidos serão utilizados exclusivamente para fins acadêmicos, especificamente na elaboração de Trabalho de Conclusão de Curso - TCC de Pós-Graduação em Análise Econômica do Direito do Instituto Serdezello Corrêa, da Escola Superior do Tribunal de Contas da União.

- 1) Você considera que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre temas de conflitos federativos entre a União com Estados e Municípios (heurística da disponibilidade):
- ( ) Atrapalhou a tomada de decisão;
  - ( ) Ajudou na tomada de decisão; ou
  - ( ) Foi indiferente para a tomada de decisão.

Respostas:

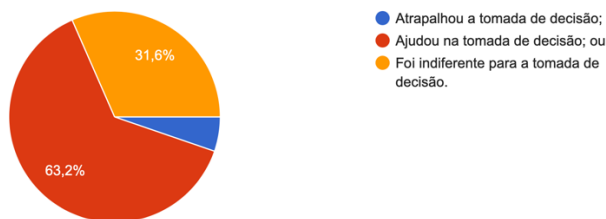
---

<sup>103</sup> Ressalte-se que as denominações das heurísticas em cor vermelha e entre parênteses foram ocultadas no formulário do Google Forms para não induzir as respostas dos participantes.



1) Você considera que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre temas de conflitos federativos entre a União com Estados e Municípios?

19 respostas



2) Se um ente subnacional assina um contrato de confissão, consolidação, promessa de assunção e refinanciamento de dívida com o ente nacional, qual é a probabilidade de ocorrer a compensação dessa dívida com algum débito contraposto (heurística da representatividade)?

( ) é alta, em se tratando de Município;

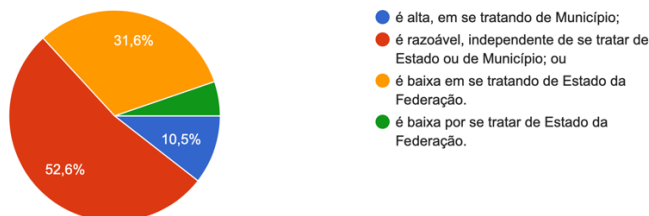
( ) é razoável, independente de se tratar de Estado ou de Município; ou

( ) é baixa por se tratar de Estado da Federação.

Respostas:

2) Se um ente subnacional assina um contrato de confissão, consolidação, promessa de assunção e refinanciamento de dívida com o ente nacional, ...ação dessa dívida com algum débito contraposto?

19 respostas



3) Em que grau você considera que a decisão sobre fechar ou não o acordo foi influenciada por um valor ou proposta inicial apresentado por uma das partes (heurística da ancoragem):

( ) Baixo;

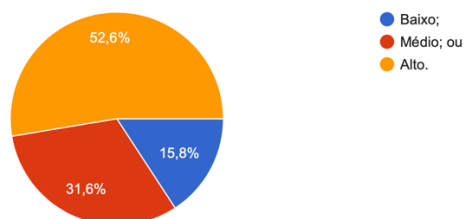
( ) Médio; ou

( ) Alto.

Respostas:

3) Em que grau você considera que a decisão sobre fechar ou não o acordo foi influenciada por um valor ou proposta inicial apresentado por uma das partes?

19 respostas



4) Sobre o acordo para compensação das dívidas entre a União e o Município, você preferia (heurística da ancoragem):

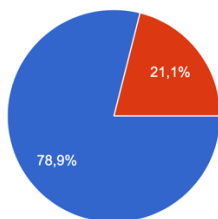
( ) receber R\$ 23.912.137.413,53 com certeza em valor presente OU 90% de chance de receber o valor corrigido, até o fim do contrato de confissão de dívida do Município, com a melhor opção de correção do contrato (IPCA + 4% sem limitação da SELIC), aproximadamente R\$ 34 bilhões? ou

( ) perder R\$ 26.390.733.798,90 com certeza OU 90 % de chance de perder R\$ 49.32.569.313,47 em condenação da União pela indenização do imóvel pela desapropriação indireta e pelo seu esbulho?

Respostas:

4) Sobre o acordo para compensação das dívidas entre a União e o Município, você preferia:

19 respostas



- Receber R\$ 23.912.137.413,53 com certeza em valor presente OU 90% de chance de receber o valor corrigido, até o fim do contrato de confissão de dívida do Município, com a melhor opção de correção do contrato (IPCA + 4% sem...
- Perder R\$ 26.390.733.798,90 com certeza OU 90% de chance de perder R\$ 49.32.569.313,47 em condenação da União pela indenização do imóvel pela desapropriação indireta e pelo se...

R.:

Comentário: Pág. 353 – Kahneman (pergunta 4 da pesquisa) e p. 110 – Bianca Bez (perda maior do que ganho maior)

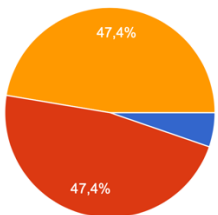
5) Qual o efeito do fato de a proposta de acordo de compensação ter sido formulada pela Prefeitura de São Paulo, e não por outro ente subnacional (heurística do afeto)?

- ( ) Atrapalhou a tomada de decisão;
- ( ) Ajudou na tomada de decisão; ou
- ( ) Foi indiferente para a tomada de decisão.

Respostas:

5) Qual o efeito do fato de a proposta de acordo de compensação ter sido formulada pela Prefeitura de São Paulo, e não por outro ente subnacional?

19 respostas



- Atrapalhou a tomada de decisão;
- Ajudou na tomada de decisão; ou
- Foi indiferente para a tomada de decisão.

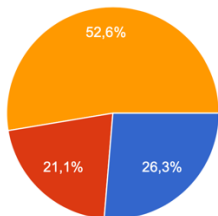
6) Qual o efeito no processo de tomada de decisão das matérias jornalísticas que informavam sobre um acordo entabulado entre o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro e o Prefeito do Estado de São Paulo Ricardo Nunes antes mesmo do processamento da mediação na CCAF (heurística do afeto)?

- ( ) Atrapalhou a tomada de decisão;
- ( ) Ajudou na tomada de decisão; ou
- ( ) Foi indiferente para a tomada de decisão.

Respostas:

6) Qual o efeito no processo de tomada de decisão das matérias jornalísticas que informavam sobre um acordo entabulado entre o Presidente ...s mesmo do processamento da mediação na CCAF?

19 respostas



- Atrapalhou a tomada de decisão;
- Ajudou na tomada de decisão; ou
- Foi indiferente para a tomada de decisão.

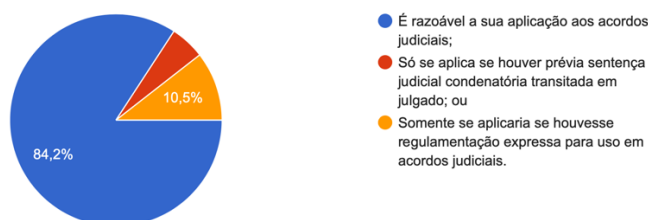
7) Na sua opinião, a previsão constitucional do art. 100, §§ 11 e 21, da CF/88 que autoriza a União, os Estados, o DF e os Municípios a utilizar créditos e valores líquidos e certos, reconhecidos pelo ente da federativo ou por decisão judicial transitada em julgado para amortizar dívidas, vencidas ou vincendas (**heurística do excesso de confiança**):

- ( ) É razoável a sua aplicação aos acordos judiciais;  
 ( ) Só se aplica se houver prévia sentença judicial condenatória transitada em julgado; ou  
 ( ) Somente se aplicaria se houvesse regulamentação expressa para uso em acordos judiciais.

Respostas:

7) Na sua opinião, a previsão constitucional do art. 100, §§ 11 e 21, da CF/88 que autoriza a União, os Estados, o DF e os Municípios a utilizar crédito...ado para amortizar dívidas, vencidas ou vincendas:

19 respostas



8) Quando você foi informado(a) sobre o consenso envolvendo a compensação do contrato de confissão, consolidação, promessa de assunção e refinanciamento de dívida do Município de São Paulo com o valor devido pela União em razão do acórdão do STJ (REsp n.º 991.243-SP) na ação de reintegração de posse, qual foi a sua primeira impressão (**viés confirmatório**)?

Respostas:

A sensação foi de que a União fecho um bom acordo, pois as perspectivas da ação judicial eram muito ruins e a cada ano a dívida subia vertiginosamente. Entendi que compensação (encontro de contas) proposta pelo município de São Paulo seria consolidada em um acordo.

Um avanço

Até que enfim

Que a União livrou-se de pagar um precatório maior no futuro próximo

interessante

Positiva

Minha primeira impressão foi a de que seria possível, desde que preenchidos os requisitos do § 21 do art. 100 da Constituição Federal, dentre os quais o trânsito em julgado da sentença.

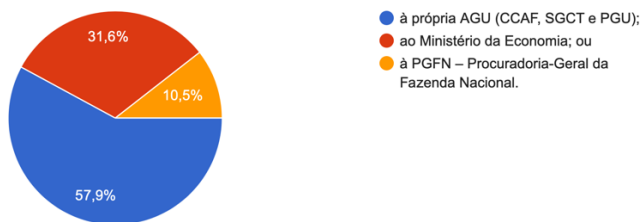
9) Na sua opinião, a quem cabia se manifestar tecnicamente sobre a economicidade/vantajosidade do acordo que envolvia a viabilidade de compensação do montante da dívida do ente subnacional com os valores já definidos pela AGU, SPU e Comando da Aeronáutica a título de indenização pela desapropriação indireta e esbulho do Campo de Marte (**viés egocêntrico**)?

- ( ) à própria AGU (CCAF, SGCT e PGU)<sup>104</sup>;  
 ( ) O Ministério da Economia; ou  
 ( ) à PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Respostas:

<sup>104</sup> CCAF/AGU – Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal;  
 SGCT/AGU – Secretaria-Geral de Contencioso, órgão da AGU que atua perante o Supremo Tribunal Federal;  
 PGU/AGU – Procuradoria-Geral da União.

9) Na sua opinião, a quem cabia se manifestar tecnicamente sobre a economicidade/vantajosidade do acordo que envolvia a viabilidade de compensação...opriação indireta e esbulho do Campo de Marte?  
19 respostas

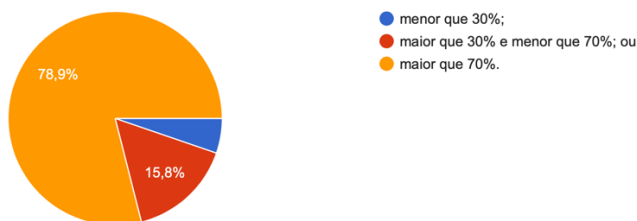


10) Em que grau você confiava nas chances de sucesso definitivo da condenação e execução da ação de reintegração de posse ajuizada pelo Município de São Paulo contra a União (viés otimista)?

- ( ) menor que 30%;
- ( ) maior que 30% e menor que 70%; ou
- ( ) maior que 70%.

Respostas:

10) Em que grau você confiava nas chances de sucesso definitivo da condenação e execução da ação de reintegração de posse ajuizada pelo Município de São Paulo contra a União?  
19 respostas

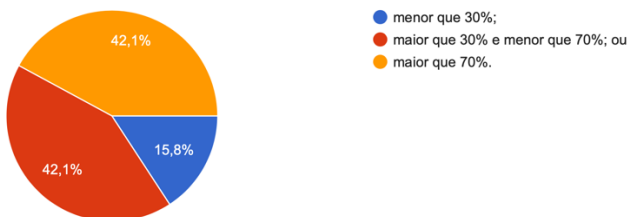


11) Em que grau de segurança você confiava no cumprimento voluntário das obrigações decorrentes do contrato de confissão, consolidação, promessa de assunção e refinanciamento de dívida pelo Município de São Paulo até o seu exaurimento, no ano de 2030 (viés otimista)?

- ( ) menor que 30%;
- ( ) maior que 30% e menor que 70%; ou
- ( ) maior que 70%.

Respostas:

11) Em que grau de segurança você confiava no cumprimento voluntário das obrigações decorrentes do contrato de confissão, consolidaçã...ão Paulo até o seu exaurimento, no ano de 2030?  
19 respostas



### 5.3.2. O contexto psicológico envolvendo a decisão de litigar no conflito federativo (histórico de decisões do STF) e a avaliação do seu impacto no acordo do Campo de Marte

No caso concreto, cujas negociações ocorreram entre o Município de São Paulo e a União com auxílio das respectivas advocacias públicas, é possível, a partir do referencial teórico existente sobre heurísticas e vieses cognitivos já identificados e descritos na literatura de referência, evidenciar se houve ou não a sua incidência no caso concreto, durante o processo de tomada de decisão pelos agentes públicos envolvidos para o fechamento do acordo, especialmente do Ministério da Economia (União), conforme descrito no item 2.

Um aspecto inicial precisa ser inserido em nosso debate e diz respeito ao contexto psicológico e o respectivo potencial impacto na estrutura de incentivos econômicos sobre a reputação da União como ente central do chamado “federalismo fiscal” e a relação dessa reputação com a jurisprudência construída no Supremo Tribunal Federal (STF) em torno dos conflitos federativos, de índole essencialmente fiscal, e que podem ter interferido na tomada de decisão entre o litígio e a escolha do acordo, em nosso estudo de caso.

Novamente, esse subitem de nosso estudo de caso não pretende esgotar o tema, mas apenas trazer algumas luzes sobre os padrões de conduta dos entes federados e do próprio STF como contribuição para a análise de heurísticas e de vieses cognitivos que possam ter impactado a tomada de decisão.

O termo federalismo fiscal provém da ideia de pacto ou de contrato, em nosso caso, um pacto constitucional, extenso e muito complexo, firmado pela CF/88 entre os seus membros (entes federados) com o objetivo de “prover benefícios mútuos garantindo “a soberania de cada um dos estados federados”.<sup>105</sup>

De fato, um dos pontos a ser investigado em nosso estudo de caso diz respeito em saber se é possível que, ainda que de forma indireta, a jurisprudência do STF que dimensiona os incentivos na relação pactuada entre os entes federados tenha trazido algum impacto na tomada de decisão sobre o acordo do Campo de Marte.

Nesse ponto, a competência do STF para deliberar originalmente como o árbitro do federalismo decorre do art. 102, inciso I, alíneas “a” e “f” da CF/88<sup>106</sup>. Muito

---

<sup>105</sup> FILLIPOFV, Mikhail; ORDESHOCK, Peter e SHVETSOVA, Olga (2004). *Designing Federalism: A Theory of Self-Sustainable Federal Institutions*. Cambridge University Press, 2004, p. 19.

<sup>106</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

...omissis.

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

embora essa competência seja prevista para o julgamento de ações cíveis originárias (ACO) ou de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), o fato é que a jurisprudência da Suprema Corte, especialmente em sede de controle concentrado, manifesta seus efeitos sobre os demais casos semelhantes, por força do parágrafo segundo do mesmo dispositivo constitucional<sup>107</sup>, podendo produzir efeitos diretos ou indiretos sobre as relações jurídico-administrativas entre a União e os Municípios da federação (caso em estudo).

A pesquisa sobre a jurisprudência federalista do STF na crise fiscal dos Estados brasileiros, conduzida por Andréa de Quadros Dantas<sup>108</sup>, aponta, em análise de dados de uma amostra de 316 ACOs em que o STF reconheceu a existência de um conflito federativo de mérito, que o conflito federativo é instigado, majoritariamente, pelos Estados da Federação contra a União (órgão central), figurando os autores em 92% da referida amostra, contra 8% em que a União figura como autora de ACOs. Dessa amostra, resulta que os Estados foram vencedores em 79% das demandas judiciais e a União venceu em apenas 21% dos julgamentos de mérito, o que demonstra uma tendência majoritária em favor dos Estados do STF em suas decisões sobre conflitos federativos.

Em essência, esses litígios envolvem a disputa por descentralização de recursos orçamentários do ente central para os entes federados (no caso das ACOs, para os Estados e, em caso de Recursos Extraordinários, como no caso em estudo, para os Municípios, eventualmente). O fato é que “a jurisprudência do STF tem retirado parcela importante do controle de recursos repassados do ente federal para os entes subnacionais, flexibilizando a restrição orçamentária dos Estados” e vem indicando uma tendência federalista da Corte<sup>109</sup>, vale dizer: em favor dos entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios).

A autora trata, em seu estudo, sob a abordagem da análise econômica do direito, da matriz do “jogo do resgate” para avaliar como se comportam os agentes econômicos no jogo de distribuição de recursos orçamentários no cenário político-

---

<sup>107</sup> Art. 102...*omissis*.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

<sup>108</sup> DANTAS, Andrea de Quadros. O árbitro da federação pode influenciar o jogo do resgate? O impacto da jurisprudência federalista do STF na crise fiscal dos estados brasileiros. - 1ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 175/176.

<sup>109</sup> DANTAS, Andrea de Quadros. Op. Cit., p. 230 e 231.

administrativo brasileiro, indicando que as decisões do STF em ACOs retiram “parcela significativa da normatividade da LRF<sup>110</sup>” e reverterem os incentivos de cooperação ali previstos, induzindo um comportamento oportunista dos Estados brasileiros, o que enfraquece a reputação da União como ente central resoluto e colabora para a concretização de novas rodadas de resgates financeiros pelos entes federados sobre o ente central.

Sobre o tema específico, ressalta a autora:

“Na análise econômica, a reputação dos jogadores reporta-se, em essencial, à credibilidade na expectativa de suas ações e nas ameaças de punições futuras.”

“...a depender da credibilidade e da reputação do ente central, os entes subnacionais já sabem que estão lidando com um ente irresoluto, disposto a realizar o resgate, independente da sinalização que tal jogador tente realizar nas primeiras rodadas. Nesse sentido, com base nas premissas postas no jogo do resgate, os entes subnacionais comportar-se-ão de forma oportunista aguardando o momento do resgate financeiro, que certamente ocorrerá, diante da já citada conjunção entre a conduta fiscalmente irresponsável dos entes subnacionais e a característica do ente central em se dispor a realizar referido resgate.”

O termo “reputação forte” é utilizado para indicar que o “governo federal concretizará as sanções previstas no contrato de refinanciamento, punindo os Estados por eventual descumprimento. Em sentido oposto, uma “reputação fraca” do ente central indica uma baixa probabilidade de imposição diante da inadimplência dos entes subnacionais.<sup>111</sup>”

Por fim, em suas conclusões, após a introdução do STF na análise da estrutura de incentivos e de sua interferência sobre o equilíbrio desse modelo de contrato de financiamentos das dívidas dos entes federados com a União, conclui a autora que restou demonstrado, no que interessa ao objeto do nosso estudo, que:

- 1) Os modelos teóricos confirmam que os Estados não pagarão suas dívidas ou realizarão pequenos ajustes fiscais se houver uma grande probabilidade de a União não concretizar as penalidades previstas nos contratos de financiamento ou resgatar financeira os Estados em crise (em razão de sua fraca reputação); e
- 2) O movimento dual da jurisprudência federalista favorece um comportamento oportunista dos entes federados em relação ao ente central.

---

<sup>110</sup> LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)

<sup>111</sup> DANTAS, Andrea de Quadros. Op. Cit., p. 303 e 304.

Tais conclusões corroboram a ideia de que a forte influência da jurisprudência federalista do STF pode ter causado algum tipo de impacto nas avaliações realizadas pelos agentes políticos e administrativos da União, especialmente da Secretaria do Tesouro Nacional, órgão do Ministério da Economia.

De fato, o impacto da jurisprudência sobre a “reputação” da União no que toca ao conflito federativo fiscal revela uma percepção dos agentes públicos do Ministério da Economia sobre as probabilidades e riscos da manutenção dos pagamentos das parcelas do contrato de refinanciamento da dívida pública do Município com a União, diante de um cenário de possível inadimplemento dessa dívida fiscal e de baixa probabilidade de resguardo jurídico-processual do contrato (*enforcement*).

No questionário semiestruturado, buscamos trazer elementos adicionais para a constatação dessas percepções, de forma a tentar demonstrar a presença da **heurística da disponibilidade (pergunta 1)**.

Nessa pergunta, procurou-se entender como o ente nacional (União) e o ente municipal percebem a própria reputação e como se comporta em relação ao risco decorrente da jurisprudência federalista do STF.

Nesse ponto, 63,2% das respostas foram no sentido de que os posicionamentos da Suprema Corte ajudaram na tomada de decisão, indicando uma forte percepção de aversão ao risco por parte de todos os atores em relação às probabilidades do que poderia acontecer em relação ao contrato de refinanciamento da dívida do Município com a União.

A percepção do comportamento oportunista dos entes federados em relação ao ente central no que toca ao conflito fiscal pode ter sido trazido à mente dos atores de ambos os entes envolvidos para a tomada de decisão, especialmente da União.

De fato, em suas manifestações técnicas sobre uma cláusula do acordo que estava sendo construído perante a CCAF, pode se ser observada uma cautela maior (e mesmo excessiva) pelo Ministério da Economia (PGFN) em relação à vigência imediata da cláusula de reconhecimento da quitação da dívida fiscal do Município, sob o contraponto de que seria necessário buscar interpretação mais segura sobre o art. 100, § 21 da CF/88, indicando a necessidade de que a vantagem do acordo dependeria do trânsito em julgado de sentença<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> Nota Informativa SEI nº 6884/2022/ME:



Quanto a esse ponto, no questionário semiestruturado foi inserida a **pergunta 7** sobre a previsão constitucional do art. 100, §§ 11 e 21<sup>113</sup> para verificar qual a probabilidade de estar incidindo, em relação a esse tema específico a **heurística do excesso de confiança**, considerando-se que as equipes técnicas do Ministério da Economia, por tratarem diuturnamente com questões orçamentárias e pelo alto grau de informações técnicas por eles detidas, poderiam estar buscando atalhos mentais para uma tomada de decisão contra a viabilidade do acordo, mesmo diante da literalidade de dispositivo constitucional, art. 100, § 11 da CF/88, com auto aplicabilidade para a União, que prevê “a possibilidade de quitação débitos parcelados ou débitos inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive em transação resolutiva de litígio, e, subsidiariamente, débitos com a administração autárquica e fundacional do mesmo ente”, hipótese normativo-constitucional que se encaixava juridicamente com a proposta em discussão na mesa de negociação.

As respostas à **pergunta 7** foram majoritariamente no sentido de ser razoável a aplicação do art. 100, §§ 11 e 21 da CF/88 para os acordos judiciais (84,2%). Apenas 10,5% responderam que somente se aplicaria se houvesse regulamentação expressa para uso em acordos judiciais e ínfimos 5,3% responderam que só se aplicaria se houvesse prévia sentença judicial condenatória transitada em julgado. Essa última

---

11. Por outro lado, a cláusula que reconhece a quitação da dívida do Município de São Paulo firmada com a União **é de vigência imediata, que, de per si, impede seja utilizada a via do §21 do art. 100 da Constituição** – a qual excepciona expressamente o encontro de contado teto de gastos de que trata o art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – eis que o dispositivo exige expressamente, para as amortizações nele autorizadas, a utilização de “valores objeto de sentenças transitadas em julgado”.

12. Sobre a exigência de trânsito em julgados de sentenças e a utilização do § 21 do art. 100da Constituição, via acordos judiciais, esta Procuradoria-Geral Adjunta, na Nota SEI nº396/2021/CGAO (SEI n. 21339777), já se pronunciou no senti do de que “eventual acordo, avaliada a vantagem que o justifique pelas instâncias competentes, dependerá de trânsito em julgado de sentença judicial que, nesse caso, terá claro caráter homologatório do acordo”.

13. É dizer, consoante já assentado, para que também se fundamente no art. 100, § 21, da Constituição, a utilização do crédito municipal proveniente do acordo em tela para pagamento do contrato de financiamento da dívida do Município de São Paulo, é imprescindível o prévio advento do trânsito em julgado do título judicial que venha a reconhecer o crédito deste último frente à União.

<sup>113</sup> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei do ente federativo devedor, com auto aplicabilidade para a União, a oferta de créditos líquidos e certos que originalmente lhes são próprios ou adquiridos de terceiros reconhecidos pelo ente federativo ou por decisão judicial transitada em julgado para: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021\)](#)

I - quitação de débitos parcelados ou débitos inscritos em dívida ativa do ente federativo devedor, inclusive em transação resolutiva de litígio, e, subsidiariamente, débitos com a administração autárquica e fundacional do mesmo ente; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021\)](#)

§ 21. Ficam a União e os demais entes federativos, nos montantes que lhes são próprios, desde que aceito por ambas as partes, autorizados a utilizar valores objeto de sentenças transitadas em julgado devidos a pessoa jurídica de direito público para amortizar dívidas, vencidas ou vincendas: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021\)](#)

opção (com o incrível índice de 5,3%) foi adotada para verificar a que extremo poderia ir a **heurística do excesso de confiança**, já que não tem sustentabilidade lógico-jurídica perante a própria ideia de conciliação judicial (na medida em que eliminaria a possibilidade de acordos antes da fase de execução dos processos).

Em teoria, a ideia sustentada pelo Ministério da Economia, como vista acima, de que seria necessário buscar interpretação mais segura sobre o art. 100, § 21 da CF/88, foi instigada pela Nota SEI nº 5/2022/COAFI/SURIN/STN/SETO-ME<sup>114</sup>, o que corroborou a percepção de que o acordo talvez não tivesse prosseguido até seus últimos termos, caso não houvesse a mediação da CCAF, com a movimentação propositiva dos agentes públicos para superação dos atalhos mentais e do uso equivocado do sistema 1 do cérebro para a uma tomada de decisão entre o litígio e o acordo.

Por outro lado, quando perguntado qual o efeito de a proposta de acordo para a compensação de créditos de refinanciamento da dívida ser do Município de São Paulo e não de outro ente subnacional (**pergunta 5**), obteve-se informação sobre o baixo nível de rejeição do ente municipal (**heurística do afeto** – efeito negativo), considerando que a jurisprudência federalista do STF é mais direcionada aos conflitos fiscais com Estados da Federação, e não aos Municípios. Isso porque 47,4% dos respondentes informaram que esse fato ajudou na tomada de decisão e outros 47,4%

---

<sup>114</sup> Vide o seguinte trecho da Nota SEI nº 5/2022/COAFI/SURIN/STN/SETO-ME:

“Como o texto da Minuta de Termo de Conciliação prevê procedimento, em sua forma, semelhante ao previsto nos §§11 e 21 do art. 100 da Constituição Federal (CF), entendemos que algumas das indagações já apresentadas à PGFN, abaixo relacionadas de forma mais sintética, podem se aplicar, total ou parcialmente, ao caso em tela:

a) a homologação em juízo de acordos poderia ser equiparada a sentenças judiciais, ou estaria vedada a utilização de créditos oriundos de acordos no encontro de contas previsto pelo § 21 do art. 100 da CF? (alínea "c", parágrafo 25 do Ofício SEI 47219/2022/ME); b) é possível a realização de encontro de contas na forma do §21 do art. 100 da CF objeto de acordo homologado judicialmente antes de encontros de contas com precatórios? (alínea "a", parágrafo 41 do Ofício SEI 47219/2022/ME); c) no caso de acordo judicial, no âmbito da União, seria a AGU o órgão responsável pela definição da sua vantajosidade? (alíneas "e" e "f", parágrafo 25 do Ofício SEI47219/2022/ME); d) há necessidade de dotação orçamentária para a realização de encontro de contas na forma do §21 do art. 100 da CF objeto de acordo homologado judicialmente? (alínea "a", parágrafo 36 do Ofício SEI 47219/2022/ME).”

Dentre as conclusões da referida nota, pode-se constatar uma certa resistência quanto ao prosseguimento da análise sobre o acordo:

VI - CONCLUSÃO

34.

De todo o exposto, o que se constata é que esta Secretaria, seja por suas atribuições institucionais ou pela especificidade da matéria, que envolve aspectos processuais e do mercado imobiliário de uma localidade específica, não reúne condições de se pronunciar a respeito da vantajosidade do encontro de contas proposto.

35. No tocante à questão operacional, que decorre do controle pela STN do crédito da União envolvido no encontro de contas, **persistem dúvidas cuja elucidação é necessária para a completa efetivação da almejada liquidação contratual.**

36. Assim, feitos esses registros, sugerimos o encaminhamento da presente Nota às áreas desta Secretaria mencionadas com vistas à análise dos aspectos acima destacados, assim como para a Secretaria de Tesouro e Orçamento - SETO, e PGFN, para pronunciamento acerca das indagações relacionadas no Ofício SEI 47219/2022/ME relacionadas na presente Nota.

afirmaram que esse fato foi indiferente, mas apenas 5,2% dos respondentes entenderam que esse fato atrapalhou a decisão.

A percepção sobre a **heurística da representatividade** também foi pesquisada por meio da **pergunta 2** ao se buscar os percentuais de probabilidade de que uma compensação de dívidas ocorra com maior chance entre a União e um dos Estados Federados ou entre a União e um dos Municípios, considerando-se a jurisprudência federativa do STF acima indicada. A percepção de indiferença obteve o maior percentual (52,6%), mas a sensação de menor probabilidade de que ocorra entre a União e um Estado da Federação (31,6% + 5,3% = 36,9%) foi notável. O índice de 10,5% para a hipótese de a compensação ser com um Município foi arquitetada como um espelhamento da probabilidade de compensação ser com o Estado (alta para Municípios e baixa para Estados corresponde ao mesmo sentido). Assim sendo, percebe-se que o grau de representatividade da jurisprudência federativa do STF sobre Estados exerceu uma maior influência contra Estados do que contra os Municípios.

Por fim, foi pesquisada, por meio da **pergunta 11**, em que grau de segurança o respondente confiava no cumprimento voluntário das obrigações do contrato de refinanciamento da dívida pelo Município de São Paulo até o ano de 2030, buscando-se verificar qual o grau de confiança na adimplência do ente municipal diante da “reputação fraca” da União diante do conflito federativo de natureza fiscal e em razão da jurisprudência federativa do STF acima verificada. A ideia foi uma tentativa de medir o grau de otimismo e da expectativa dos entes quanto à concretização da falha reputacional do ente federal (**viés otimista**).

Nesse ponto, percebeu-se um elevado grau de confiança no cumprimento do contrato pelo ente subnacional com 42,1% indicando a resposta “maior que 70%”; 42,1% indicando a resposta “maior que 30% e menor que 70%” e apenas 15,8% indicando a resposta “menor que 30%”. Isso pode indicar que: a) baixa probabilidade de aplicação da jurisprudência federativa do STF em ACO e ADIN para os Municípios (considerando-se um receio de maior *enforcement* apenas para Estados da

Federação; b) o Município de São Paulo conta com uma boa “reputação” institucional tendente ao cumprimento voluntário de suas obrigações contratuais<sup>115</sup>.

### 5.3.3. A tomada de decisão política e as manifestações técnicas sobre a vantajosidade e legalidade do acordo. Avaliação do seu impacto nas decisões no acordo do Campo de Marte (incidência de heurísticas e de vieses cognitivos?)

É importante salientar que a tomada de **decisão política (informal)** entre o Presidente da República e o Prefeito de São Paulo sobre o fechamento do acordo aconteceu algum tempo antes da análise mais pormenorizada e atenta, própria da escolha racional dos agentes econômicos, que foi estrategicamente impulsionada pelo procedimento de mediação da CCAF.

Muito embora houvesse sido instaurado processo administrativo no Gabinete do Advogado-Geral da União, desde julho de 2021<sup>116</sup>, para análise interna sobre a abertura de mesa de negociação, o procedimento de mediação na CCAF somente foi iniciado em 18/10/2021<sup>117</sup>.

Segundo notícias veiculadas pela imprensa nacional<sup>118</sup> desde outubro de 2021, o então Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, e o Prefeito de São Paulo, Ricardo Nunes, vinham debatendo e reforçando a intenção de fechar acordo para dar solução à situação do aeródromo do Campo de Marte e, em contrapartida, da dívida pública do Município com a União, tendo como pano de fundo o peculiar interesse do ente federal em submeter o empreendimento a um leilão na 7ª rodada de concessões de aeroportos em 2022.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> O que é corroborado pelos índices de respostas à **pergunta 5**, que indicou que a formulação da proposta de compensação do Município de São Paulo ajudou na tomada de decisão (47,4%) contra as resposta de indiferença (47,4%) e atrapalhou (5,2%).

<sup>116</sup> Processo SAPIENS NUP n.º 00400.001109/2021-94.

<sup>117</sup> Processo SAPIENS NUP n.º 00400.001745/2021-16.

<sup>118</sup> Fonte: Notícias encontráveis em: 1) Sítio na Internet de Amazonas Atual em 25/11/2021: <https://amazonasatual.com.br/prefeito-e-bolsonaro-estao-perto-de-resolver-briga-que-se-arrasta-desde-1958/>; 2) Sítio na Internet do R7 em 15/12/2021: <https://noticias.r7.com/brasil/bolsonaro-e-nunes-fecham-acordo-e-campo-de-marte-sera-da-uniao-29062022>; 3) Sítio na Internet do Correio do Povo em 15/12/2021: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADtica/bolsonaro-e-nunes-fecham-acordo-e-campo-de-marte-sera-da-uniao-1.741445>; 4) Sítio na Internet do Política Livre de 25/11/2021: <https://politicalivre.com.br/2021/11/nunes-e-bolsonaro-estao-perto-de-acordo-para-resolver-briga-de-60-anos-sobre-campo-de-marte/#gsc.tab=0>; 5) Sítio na Internet do Jornal do Brasil em 16/12/2021: <https://www.jb.com.br/pais/2021/12/1034674-campo-de-marte-em-sp-sera-da-uniao-por-rs-25-bilhoes.html>; 6) Sítio na Internet de O Antagonista de 16/12/2021: <https://oantagonista.uol.com.br/brasil/camara-de-sao-paulo-aprova-cessao-do-campo-de-marte-a-uniao/>

<sup>119</sup> Fonte: Sítio na Internet do Poder360 em matéria publicada em 15/12/2021, encontrável em: <https://www.poder360.com.br/governo/ao-lado-de-bolsonaro-ricardo-nunes-anuncia-acordo-sobre-campo-de-marte/>

Segundo a matéria do sítio na Internet Poder 360, o Prefeito de São Paulo teria dito que:

“A notícia boa é que o presidente Bolsonaro está aqui fazendo um gesto muito importante para a cidade de São Paulo. Participou da reunião o Bruno Bianco, da AGU, e o presidente **orientou para que fosse firmado esse acordo**”. (grifo nosso)

Havia, portanto, uma vontade política (tendência) já manifestada pelas partes interessadas, mas não havia, ainda, formalmente (ao menos), uma construção racional de justificativas lógicas e jurídico-econômicas sobre as escolhas efetuadas pelos respectivos agentes políticos, especialmente porque inexistia, naquele momento, qualquer laudo ou parecer validamente constituído com estimativas de cálculo do montante da indenização do aeródromo do Campo de Marte ou qualquer outra avaliação técnica suficiente para essa finalidade. Ademais, apesar de haver processo administrativo instaurado no gabinete do Sr. Advogado-Geral da União, este não havia sido instruído com documentação ou informações suficientes para uma tomada de decisão sobre o fechamento de um acordo extrajudicial ou judicial<sup>120</sup>.

Essa iniciativa comportamental de ***ancoragem*** de uma proposta informal sem exame acurado e técnico do arcabouço contratual e processual, por si só, já chama a atenção quanto à possibilidade de incidência de possíveis heurísticas ou vieses cognitivos por parte dos agentes tomadores da decisão política (***heurística da ancoragem***).

De fato, se ambos os agentes políticos, com grande assimetria de informações, manifestaram intenções políticas firmes de fechamento de um acordo sem que houvesse sido processada uma *accountability* econômica e jurídica sobre as variáveis envolvidas (proposta que se manteve até o final das tratativas), havia uma grande chance de que essa “decisão política” pudesse ter sido impactada pela heurística da ancoragem, na medida em que há uma grande chance de que tais agentes políticos tenham se apegado a um ponto de partida, no caso, ao valor do contrato de refinanciamento da dívida do Município com a União, para definir o montante da indenização judicial do Campo de Marte (naquele momento ainda ilíquida), que entraria como *trade off* na negociação.

---

<sup>120</sup> Processo SAPIENS NUP n.º 00400.001109/2021-94.

Para além disso, há um grande probabilidade de que tal manifestação pública de vontade pelos agentes políticos tenha impactado o processo de análise dos agentes administrativos e jurídicos de escalão inferior que auxiliariam na conduta técnica para avaliar a efetividade da viabilidade econômica e jurídica do fechamento do acordo ou a preferência pela manutenção do processo judicial e do contrato de refinanciamento de dívida ativos, preservando-se o *status quo* e a preferência de busca da MASA/BATNA pelos interessados.

Por meio da **pergunta 6** do questionário semiestruturado buscou-se identificar a incidência das heurísticas do **afeto** e da **representatividade**, diante da possibilidade de que as manifestações (posteriores) favoráveis ao acordo pelas áreas técnicas e jurídicas pudessem ter sido influenciadas pelas publicidade em torno das definições políticas firmadas entre os chefes de ambos os Poderes Executivos (Federal e Municipal).

As respostas, no entanto, demonstraram que mais da metade (52,6%) dos respondentes se mostraram indiferentes ao fato; 21,1% manifestaram-se positivamente (as notícias teriam ajudado) e 26,3% afirmaram que as notícias teriam atrapalhado o processo de tomada de decisão. Muito embora o questionário não tenha ajudado a construir a percepção mais robusta sobre a presença dessas heurísticas, também na refutou as outras variáveis acima observadas.

Por outro lado, por meio da **pergunta 3** do questionário, como já esperado, foi possível inferir-se uma forte influência da proposta inicial ofertada pelo Município de São Paulo sobre a decisão técnica, no momento da *accountability*, para que os agentes públicos definissem se deveriam ou não fechar o acordo. Tal proposta tornou-se, de fato, o ponto de referência para o desenvolvimento das negociações, sem que houvesse modificações ou contrapropostas com outros valores. Pode-se dizer, sem maiores dúvidas, que, nesse ponto, foi observada a **heurística da ancoragem**.

À CCAF, nesse contexto, coube conduzir o procedimento de mediação de forma a liderar as partes no processo de validação do acordo a fim de verificar se as tendências politicamente manifestadas pelo Presidente da República e pelo Prefeito de São Paulo, eram viáveis e justificáveis jurídica e economicamente.

Sob a perspectiva da indenização imputada judicialmente em razão da desapropriação indireta e esbulho possessório do imóvel denominado “Campo de Marte”, o STJ deu provimento ao recurso do Município, mas não entregou um título executivo completo. Determinou o retorno do processo ao TRF-3 para prosseguir no

juízo e decidir sobre: (a) parcela da área afetada ao serviço público federal; (b) o pedido de indenização em relação a essa área; e (c) a imediata reintegração da parcela de área não afetada ao serviço público federal.

O pedido inicial havia sido desdobrado em três partes: (a) reintegração de posse ou, sendo impossível, indenização; (b) indenização pelo uso indevido da área desde 1930 até a desocupação ou pagamento do "justo valor"; (c) danos emergentes e lucros cessantes.

Sob o ponto de vista da União, era necessário avaliar os seguintes aspectos: 1) os riscos judiciais sobre a possibilidade ou não de incidência de prescrição e sobre a revisão do mérito da condenação da União, bem como 2) o risco fiscal, considerando-se a possibilidade de condenação e execução definitivas dos valores contra o ente federal, que se situava em escala de probabilidade com diferentes cenários de cálculo do montante dessa indenização, de difícil mensuração, mas sempre na casa das dezenas de bilhões de reais, variando entre R\$ 17 bilhões e R\$ 50 bilhões, em valores presentes, e valores potencial e desastrosamente superiores em caso de alongamento do processo judicial.<sup>121</sup>

A despeito de o detalhamento dos riscos e dos desdobramentos processuais sobre o caso concreto (ação de reintegração de posse nº 006827878.1974.403.6100) não serem essenciais à análise da economia comportamental objeto do presente estudo, foi observado pelos interlocutores da União, em síntese, que o STF possui jurisprudência defensiva sobre o cabimento do recurso extraordinário fundado em violação do art. 105, inciso III, da CRFB/88, o que reduzia as probabilidades de a União obter a reforma do acórdão do STJ sobre a indenização do patrimônio imobiliário em disputa.

Do lado do Município de São Paulo, a condenação da União foi avaliada também sob a perspectiva de riscos processuais e de demora da solução definitiva do processo judicial por mais outras tantas décadas, tendo em vista que a delimitação do efetivo valor da indenização havia sido devolvida pelo STJ para a primeira instância para futura definição judicial dos parâmetros da indenização, o que poderia demandar, inclusive a produção de prova pericial. E, durante esse tempo, o Município não teria

---

<sup>121</sup> Fonte: Nota Informativa SEI nº 6884/2022/ ME, Processo SEI/ME – 22901705, fornecido por meio da Lei de Acesso à Informação por meio do sítio na Internet [www.falabr.cgu.gov.br](http://www.falabr.cgu.gov.br).

acesso ao crédito multibilionário e indefinido, não podendo utilizá-lo em suas funções primordiais, como a educação, a saúde e a assistência social.

Sob o ponto de vista de viabilidade econômica do acordo, a partir da perspectiva do contrato de confissão, consolidação, promessa de assunção e refinanciamento de dívida, coube à **União** avaliar vários aspectos sobre a existência de viabilidade da compensação financeira e demonstração da vantagem econômica com a quitação prematura das prestações do contrato, como:

- 1) dúvidas sobre a possibilidade jurídica de compensação na forma do art. 100, § 21, da CF/88, considerando-se que não havia prévia sentença definitiva com trânsito em julgado (requisito constitucional) e a quitação da dívida tinha vigência imediata;
- 2) a observância de precedência de dotação orçamentária adequada e da preservação da regra de ouro (necessidade de lei federal autorizativa), uma vez que haveria redução de receita da União com os pagamentos do contrato, que, por sua vez, eram vinculados ao pagamento da Dívida Pública Mobiliária Federal, bem como risco de afetação do teto de gastos federal.

Do lado do Município de São Paulo, avaliou-se o fato de que, anualmente, pagava-se à União o valor de R\$ 3 bilhões, em sua maioria composto por juros contratuais, cujos encargos financeiros importavam em relevante custo de oportunidade para a Municipalidade, o que lhe impedida de utilizar esses recursos financeiros, destinados ao pagamento das parcelas contratadas, para o financiamento das mais diversas políticas públicas sob sua responsabilidade, reduzindo sua capacidade de conter a depreciação da infraestrutura pública (genérica) já instalada no Município, bem como de ampliar a infraestrutura pública onde necessário.

No acordo do Campo de Marte, ambos os lados manifestaram seu consentimento com o acordo, em resumo, pelos seguintes aspectos:

Pela a UNIÃO:

- 1) a União passaria a ter o reconhecimento do Município de São Paulo sobre a propriedade das áreas afetadas pelo serviço público federal;
- 2) a União devia ao Município uma indenização multibilionária cujo valor é de complexa apuração, dívida essa que, com a celebração do acordo, deixa de existir em virtude da quitação recíproca com a dívida que o município tem para com a União;



3) para a União, o acordo representava uma economia direta e imediata de R\$ 2.478.596.385,38, calculada pela a diferença do montante atual da dívida do Município no contrato de refinanciamento com o valor da condenação da União em razão do esbulho sobre o imóvel do Campo de Marte, pelo cenário mais provável de liquidação, estimada em R\$ 26.390.733.798,90, acrescida de honorários advocatícios de 0,5% a 5%. A diferença potencial poderia alcançar mais de duas dezenas de bilhões de reais, considerando que a quantia dessa indenização poderia chegar a R\$ 49.320.569.313,47, conforme os cálculos apresentados pelo Município de São Paulo.

Para o Município de SÃO PAULO:

1) o Município passaria a ter o reconhecimento da União sobre a propriedade das áreas não afetadas pelo serviço público federal;

2) pela via litigiosa, a duração do processo judicial se alongaria possivelmente por décadas até a definição do valor da indenização sobre o Campo de Marte;

3) a dívida multibilionária do Município com a União deixaria de existir, liberando essa reserva orçamentária municipal (certa de R\$ 3 bilhões anuais) para a alocação em suas funções primordiais, como educação, saúde e assistência social ou para ampliar o nível de investimentos públicos financiados com recursos municipais ou, até mesmo, para acelerar o fluxo de pagamento de outras dívidas municipais (gerando economia de juros incidentes).

O acordo foi celebrado por meio do Termo de Conciliação n.º 02/2022/CCAF/CGU/AGU-JRP-KSF, autorizado pela Lei Estadual n.º 17.726, de 17 de dezembro de 2021 e objeto de abertura de crédito especial no valor do acordo para atendimento dos encargos decorrentes da aplicação do § 11 e do § 21 do art. 100 da Constituição Federal, por meio da Lei Federal n.º 14.409, de 15 de julho de 2022. O acordo foi homologado pelo Ministro Nunes Marques, do STF, Relator do Recurso Extraordinário n.º 668.869/SP, após manifestação favorável do Ministério Público Federal.

Conforme visto acima, apesar de todas as dificuldades relatadas pela PGU, SGCT e pelo Departamento de Cálculos e Perícias – DCP/PGU, a União logrou êxito em produzir até 7 (sete) cenários de cálculos possíveis.

De outro lado, o Município de São Paulo apresentou seus cálculos como fonte da proposta de ancoragem para o acordo com base na sua estimativa sobre o montante da indenização sobre a área em litígio.

Assim desenhados os quadros, temos que:

- a) Melhor cenário avaliado para a União (valor de cálculo estimado pela União)<sup>122</sup>, mas com baixa ou razoável probabilidade de concretização: R\$ 20.352.030.387,61.
- b) Melhor cenário para o Município (valor de avaliação do imóvel indicado pelo Município)<sup>123</sup>, com razoável ou alta probabilidade de concretização, o valor de: R\$ 49.320.569.313,47.

Pelo desenrolar do tempo de solução do processo judicial (de 64 anos de duração, aproximadamente) e considerando-se que após o julgamento pelo STF, provavelmente ainda seria necessária a definição e destinação das áreas pertencentes à União e ao Município de São Paulo dentro do complexo assim definido como Campo de Marte, com retorno do processo ao TRF-3ª Região e eventuais novos incidentes processuais, estima-se (grosseiramente) que o desfecho final do processo de conhecimento e das respectivas liquidação e execução do julgado tornado definitivo provavelmente não ocorreria em menos 1 (uma) década, implicando em uma

<sup>122</sup> A União (DCP/PGU, com auxílio técnico da Secretaria de Patrimônio da União – SPU e do Comando da Aeronáutica), avaliou o imóvel adotando o “método involutivo para calcular o valor de mercado da terra nua do Campo de Marte”, concluiu que a área total da gleba (2.113.667 m2) era estimada em R\$ 3.067.085.400,00, com data base de setembro de 2021.

Resumo de Cálculo (União):

1) área afetada aos interesses da União (1.706.382,04 m2), com o valor principal somado a juros calculados da seguinte forma:

- a) 1932 (2/10/1932) a 1947: juros de 6% sobre o valor correspondente a 495.560 m2;
- b) 1947 a 1977 (29/3/1977): juros de 6% sobre o valor total do imóvel (valor da área de 2.112.229,31 m2);
- c) 1977 a 1997 (11/6/1997): juros de 12% sobre o valor total do imóvel;
- d) 1997 (12/6/1997) a 2/2018 (18/2/2018): juros de 6% sobre o valor total do imóvel;
- e) 2/2018 (19/2/2018) em diante: juros de 6% sobre o valor da área afetada.
- f) honorários advocatícios (sucumbência): R\$ 0,00

Total: Valor da indenização (fevereiro de 2022): R\$ 20.352.030.387,61.

Ainda na perspectiva da União (DCP/PGU, com auxílio técnico da Secretaria de Patrimônio da União – SPU e do Comando da Aeronáutica), a avaliação do cenário mais provável, com base na jurisprudência atualmente consolidada, inclusive pela Súmula 618 do STF, no sentido de que a fixação dos juros compensatórios tem como única limitação aquela trazida pela MP 1.577, de 11/06/1997, a saber, antes dela, juros compensatórios na razão de 12% ano e, após ela, juros compensatórios na razão de 6% ao ano, todos eles contados a partir do apossamento administrativo indevido. Nesse cenário, a projeção de valores acima subiria (posicionado para fevereiro de 2022) para **R\$ 26.390.733.798,90**.

<sup>123</sup> O Município de São Paulo, para fins avaliação do imóvel objeto e de desapossamento/desapropriação, valorou o metro quadrado da área em R\$ 3.430,20 (três mil, quatrocentos e trinta reais e vinte centavos), utilizando um Laudo Técnico de Avaliação do Complexo Anhembi, que faz divisa com o Campo de Marte, e mediante avaliação pelo método comparativo e este é o resumo do cálculo apontado pelo Município de São Paulo:

Resumo de Cálculo (Município de São Paulo):

- 1) Transferência da propriedade da União da Área A (D = AxC): R\$ 5.856.239.821,80
- 2) Valor pelo uso do terreno da Área A ( $\Sigma F$ ): R\$ 35.957.312.505,85
- 3) Valor pelo uso do terreno da Área B ( $\Sigma I$ ): R\$ 7.507.016.985,82
- 4) honorários advocatícios (sucumbência): R\$ 0,00

Total: Indenização J = (D+  $\Sigma F$  +  $\Sigma I$ ) (fevereiro de 2022): R\$ 49.320.569.313,47

tendência de incremento de custos diretos e indiretos para ambas as partes em relação às dívidas contrapostas.

Do lado da União, ainda que considerado o melhor e mais razoável cenário para o ente federal, o custo da indenização judicial tenderia a crescer a cada mês, caso não houvesse reversão do julgado, acresceria algo na ordem de milhões de reais/mês (bastando aplicar a taxa compensatória mensal de 0,5%, utilizada em ações afins, sobre o valor de mercado do imóvel).<sup>124</sup> Considerando-se a estimativa de duração de pelo menos 10 (dez) anos, a 6% de taxa de juros a.a., tem-se que a dívida de R\$ 20.352.030.387,61 poderia ser aumentada em 60% (R\$ 12.211.218.232,56), resultando em um montante aproximado de **R\$ 32.563.248.620,17**.

Do lado do Município de São Paulo, adotando-se a melhor opção de correção do contrato (IPCA + 4% sem limitação da SELIC), estima-se que o montante total a ser pago à União até 2030 seria de aproximadamente **R\$ 34.000.000.000,00** (trinta e quatro bilhões de reais)<sup>125</sup>.

Como a percepção da vantagem ou da economicidade do acordo pode ser de naturezas muito diversas para cada parte interessada, variando de acordo com as necessidades e anseios de cada lado no caso concreto, produzimos em nossa pesquisa a **pergunta 4** por meio da qual, buscando demonstrar a presença da **heurística da ancoragem**, induzimos respostas das partes sobre as percepções das partes envolvidas sobre o risco e qual das preferências a seguir sobre o acordo para compensação das dívidas entre a União e o Município predominariam: a aversão ao risco (perda), a neutralidade ou a propensão ao risco (*risk seeking*)?

A ideia aqui foi também a de testar as teorias sustentadas por Bernoulli, a respeito da taxa decrescente de utilidade marginal (**teoria da utilidade**), em contraponto com as teorias sobre arquitetura de escolhas e sobre a influência das heurísticas e vieses (**teoria da preferência**) teorizadas por economistas comportamentais de elite como Kahneman, Tversky e Thaler.

---

<sup>124</sup> Fonte: NOTA JURÍDICA n. 00003/2021/ADJ/AGU, processo SAPIENS NUP n.º 00400.001109/2021-94, fornecido via Lei de Acesso à Informação, por meio do sítio na Internet [www.falabr.cgu.gov.br](http://www.falabr.cgu.gov.br).

<sup>125</sup> Simulação utilizando-se o padrão de correção pelo IPCA médio estimado até o ano de 2030 (6,33%/a.a.)(média anual dos últimos cinco anos), acrescido de 4% ao ano de juros, com estimativa de limitação pela Taxa SELIC média projetada até o mesmo ano. Fonte: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo.html?=&t=calculadora-do-ipca>.

Assim, optamos por uma arquitetura de escolhas que agregasse as duas visões (ganho e perda) em apenas uma opção de resposta. Diferentemente do experimento sobre preferências conduzido por Kahneman e Tversky e mencionado linhas acima, no item 5.2.4, em que se forneciam duas opções sobre a mesma perspectiva, uma em certeza sobre ganho ou percentual de chance sobre ganho e, outra, uma certeza sobre a perda ou uma chance de perda, pensamos em produzir um experimento que testasse um outro conceito também indicado pelos mesmos autores: o conceito do ponto de referência<sup>126</sup>.

A **pergunta 4** foi, portanto, desenhada pensando-se no ponto de referência já conhecido (montante do acordo), agregando-se a ideia de que os montantes dos ganhos ou das perdas submetidas às escolhas pelos respondentes eram variáveis mais subjetivas (do ponto de vista de quem ganha ou quem perde, conforme a sensibilidade) e também conhecidas (pois já haviam sido analisadas por ambos os lados). Buscamos, assim, entender como eles se comportariam, em um exercício de empatia sobre as respectivas posições, quando a variável *aversão à perda* era introduzida na mesa.

O resultado foi significativo, tendo 78,9% dos respondentes escolhido a opção de segurança (*aversão à perda*) contra 21,1% de opções que revelaram o apetite ao risco. A percepção sobre o risco de perda foi impactante nas respostas, muito embora já se soubesse o resultado da transação (R\$ 23.912.137.413,53), e foi a preferência tanto por parte da União (que sofreria a perda no processo judicial com grande certeza) quanto por parte dos respondentes do Município (prováveis vencedores na demanda).

Os três últimos pontos de pesquisa disseram respeito à tentativa de detecção dos ***vieses confirmatório, egocêntrico e otimista***.

---

<sup>126</sup> Para perceber a fraqueza do modelo de Bernoulli, os autores advertem que “a variável que está faltando é o *ponto de referência*”, o estado anterior relativo ao qual ganhos e perdas são avaliados. Na teoria de Bernoulli você precisa saber apenas o estado de riqueza para determinar sua utilidade, mas na teoria da perspectiva você precisa saber também o estado de referência.” Em razão de um segundo experimento em que acrescentaram ganhos de utilidade de riqueza equivalentes, perceberam que, apesar de estarem trabalhando com dois sistemas (1 e 2), perceberam que o sistema 1 opera com três características cognitivas no coração da teoria da perspectiva: a) a avaliação é relativa a um ponto de referência neutro ou de um resultado objetivamente justo; b) um princípio de sensibilidade decrescente se aplica tanto a dimensões sensoriais como à avaliação de mudanças de riqueza (intensidade dos ganhos pode variar conforme a perspectiva); c) **aversão à perda, pois quando diretamente comparadas ou ponderadas em relação umas às outras, as perdas assomam como maiores dos que os ganhos.**

Para o primeiro deles (**pergunta 8**), buscamos entender qual foi a primeira impressão dos respondentes quando foram informados sobre o consenso envolvendo a compensação do contrato de confissão, consolidação e promessa de assunção e refinanciamento da dívida do Município de São Paulo com o valor devido pela União pela indenização do Campo de Marte ao ente municipal. As respostas demonstraram muita coerência com a percepção de que havia concepções ou posições primárias por parte dos respondentes, talvez sobre as percepções que os motivaram a agir para a tomada de decisões em direção do acordo. Predominou a presença do **viés confirmatório**.

Chamou à atenção, no entanto, a última resposta: “minha primeira impressão foi a de que seria possível, desde que preenchidos os requisitos do § 21 do art. 100 da Constituição Federal, dentre os quais o trânsito em julgado da sentença”. Nesse ponto, percebe-se uma grande coerência com as pré-compreensões manifestadas pelo Ministério da Economia a respeito das limitações à interpretação do art. 100, §§ 11 e 21 e a resistência antevista sobre a viabilidade do acordo de compensação. Foi possível perceber que a superação desse viés, em relação a esse órgão, só foi possível por meio das medidas mitigatórias desenvolvidas pela CCAF no curso do procedimento de mediação.

Sobre o **viés egocêntrico** ou algum outro atalho cognitivo correspondente, a pesquisa se orientou para a percepção dos atores da União sobre quem deveria se manifestar tecnicamente sobre a economicidade/vantajosidade do acordo (**pergunta 9**). Essa questão foi percebida em alguns documentos e termos de reunião consultados e foi objeto de manifestação expressa na Nota SEI nº 5/2022/COAFI/SURIN/STN/SETO-ME, constante da nota de rodapé 111 supra. A dúvida sobre quem deveria se manifestar, em verdade, nos parecia como uma probabilidade de fuga de responsabilidades, já que, na prática, **todos os órgãos envolvidos** (da União e do Município) deveriam se manifestar sobre a perspectiva da *accountability* e auxiliar a construir as justificativas para a adoção do acordo como forma de solução do conflito, no lugar do litígio judicial.

Assim, procuramos entender, na ótica dos respondentes, quem teria a atribuição técnica para as manifestações, sendo que 57,9% das respostas incumbiram tal responsabilidade à própria AGU e seus órgãos; 31,6% informaram caber ao Ministério da Economia e apenas 10,5% entenderam se tratar de responsabilidade da PGFN.

As respostas denotaram um senso de egocentrismo às avessas, com impacto emocional imediato de tentativa de fuga do problema, talvez movidas pela perspectiva de aversão ao risco, por um *não-querer* se responsabilizar perante os órgãos de controle sobre a integridade da solução construída. Trata-se de um típico padrão de estímulo-resposta com viés cognitivo, impregnado pela busca de uma resposta rápida para uma saída de cenário de comprometimento, com base no egocentrismo reverso (viés da auto conveniência), na medida em que revela a tendência de atribuir seus fracassos a fatores externos, como azar ou incompetência alheia.<sup>127</sup>

Por fim, pesquisamos a possível presença do **viés otimista** buscando avaliar o nível de confiança dos respondentes sobre as chances de sucesso definitivo da condenação da ação de reintegração de posse ajuizada pelo Município de São Paulo (**pergunta 10**). Esse foi o momento de prospectarmos os níveis de percepções subjetivas sobre o ganho ou sobre a perda com o “papel de protagonista”<sup>128</sup> dessas decisões.

Muito embora estivéssemos tratando de um acordo em uma ação judicial com ponto de desenvolvimento processual quase que ultimado em relação ao direito de reintegração de posse ao Município e de indenização pelo esbulho de mais de 90 anos (processo judicial de conhecimento), encontrava-se pendente de julgamento o Recurso Extraordinário da União perante o STF (última instância possível de julgamento), sendo possível, a depender desse resultado, o eventual retorno dos autos à instância de origem para reforma ou continuidade do processo, prosseguimento com a liquidação e execução do julgado definitivo, havendo diversos possíveis cenários de desdobramentos e de chances de reversão do julgamento proferido pelo STJ. Avaliar os **níveis de otimismo** conforme as percepções individuais poderia revelar, de ambas as partes respondentes, a propensões naturais de aversão ou de propensão ao risco.

---

<sup>127</sup> **Viés da autoconveniência, viés autosservidor ou de autosserviço, tendenciosidade autosservidora ou egotismo** é a tendência dos indivíduos de atribuir seus sucessos a fatores internos, como inteligência, esforço etc. enquanto atribuem seus fracassos a fatores externos, como azar ou incompetência alheia. Marcelo Luis Grassi Beck (Dezembro de 2001). «A Teoria da Atribuição e sua Relação com a Educação». Maringá, PR, Brasil: Revista Urutágua. nº 03. ISSN 1519-6178. Consultado em 18 de dezembro de 2009. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Viés\\_da\\_autoconveniência](https://pt.wikipedia.org/wiki/Viés_da_autoconveniência).

**Viés da autoconveniência:** É a tendência de reivindicar mais responsabilidade pelos sucessos do que pelas falhas. Este viés também pode se manifestar como a tendência de avaliar informações ambíguas de uma forma benéfica a interesses próprios. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Viés\\_cognitivo](https://pt.wikipedia.org/wiki/Viés_cognitivo)

<sup>128</sup> GOULART, Bianca Bez. Op. Cit., pág. 147.

Veja-se que, muito embora os respondentes fossem de ambos os lados interessados, houve um padrão de respostas majoritariamente de aversão ao risco, com 76,9% respondendo que as chances de sucesso definitivo seriam maiores que 70%. Responderam no sentido de que eram maiores de 30% e menores que 70% de chances 15,8% dos entrevistados e no sentido de serem menores de 30% apenas 5,3%.

Havia, portanto, uma forte percepção de perda para a União no processo de indenização em quase todos os cenários possíveis. De fato, **não** se tratava de uma ação frívola<sup>129</sup> (com baixo risco de improcedência), o que poderia trazer um alto potencial de otimismo por parte da demandada (União) e resultar em uma proposta inicial muito baixa.

Ao contrário, para a União (e também para o Município), o ponto de referência apresentado como proposta de ancoragem na negociação (R\$ 23,9 bilhões) era inferior a quase todos os 7 (sete) cenários de cálculo realizados pela União, sendo que o cenário de cálculo mais favorável para esta (mas não o mais provável de se materializar em uma eventual liquidação judicial) girava em torno de R\$ 20 bilhões e a probabilidade de os cenários processuais de consolidação da perda pela União apontavam para uma baixíssima probabilidade de reversão do julgamento de mérito proferido pelo STJ. E sobre isso não havia assimetria de informação.

Do lado do Município de São Paulo, a probabilidade de êxito definitivo na condenação judicial da União era alta e os cenários de cálculos eram todos maiores que o ponto de referência. Desta forma, a proposta de ancoragem apresentada pelo próprio Município era menor que os seus cenários de cálculo mais prováveis de concretização futura, mas o ente municipal entendeu que o custo de oportunidade de continuar pagamento as parcelas de financiamento de sua dívida contratual com a União era maior que o benefício futuro com o processo de indenização (resultado maximizado).

---

<sup>129</sup> A frivolidade tem seu lugar, mas aparentemente não no litígio. Nada no sistema judicial é mais capaz de aguçar a ira dos políticos, juizes, advogados, professores universitários, grupos públicos de interesse e o público em geral do que ações frívolas. No original: "Frivolity has its place, but apparently not in litigation. Nothing about the civil justice system raises the ire of politicians, judges, lawyers, legal academics, public interest groups, and the public quite like "frivolous litigation." GUTHRIE, Chris. *Framing frivolous litigation: a psychological theory*. *The University of Chicago Law Review*, v. 67, n. 163, p. 163-216, 2000. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5022&context=uclev>

Desse modo, em nossa modesta opinião, **não foi diagnosticado** qualquer cenário de ocorrência de **viés otimista** nem do lado da União e nem do lado do Município no item pesquisado.

#### **5.4. Conclusão: como o conhecimento sobre o ferramental da economia comportamental poderia ter auxiliado no processo de tomada de decisão nas negociações entabuladas no caso concreto?**

Em nosso estudo de caso, pudemos verificar que o arcabouço político-constitucional de resguardo a tutelas individuais e coletivas tem levado a uma percepção comum a todos os brasileiros, em 30 (trinta) anos de normatividade da Constituição Federal de 1988, que a Justiça, de modo geral, tem gerado baixa estabilidade e previsibilidade jurídica, não contribuindo positivamente para o desenvolvimento econômico nacional.

A inquietação sobre os níveis de efetividade ou de eficiência desse arcabouço constitucional para os fins de avaliação dos ganhos de utilidades individuais e de aumento de bem-estar social, nos levou a pesquisar como o estímulo normativo para uso do processo judicial para proteção desses direitos fundamentais poderia ter criado uma arquitetura de escolhas focada na cultura do litígio e que poderia resultar em uma tragédia dos comuns (ou uma tragédia do Poder Judiciário)?

Nosso peculiar interesse, no entanto, explorado para o estudo de caso, disse respeito a uma outra inquietação: como as partes interessadas em acordos, especialmente os gestores públicos, se comportam em mesas de negociação perante a Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF), órgão da Advocacia-Geral da União (AGU).

A inquietação despertou um interesse em compreender se os elevados graus de resistência de gestores públicos de “ceder” em suas posições administrativas diante do interesse público era impregnado por heurísticas e vieses cognitivos. A ideia passou por avaliar como se dão as preferências dos agentes públicos diante do enfrentamento de um conflito e o especial interesse pela terceirização de sua solução a juízes ou árbitros.

Mas, especialmente, buscamos compreender e identificar as heurísticas e os vieses comportamentais, com o apoio do ferramental da análise econômica do direito, em negociações envolvendo a União e os entes subnacionais (Estados, Municípios e



o Distrito Federal) nos conflitos federativos, especialmente quanto envolver a compensação de créditos de financiamento da dívida pública desses entes.

Para esse mister, buscando a metodologia de análise documental e entrevistas semiestruturadas para o estudo de caso, iniciamos nossa pesquisa pela análise do referencial teórico existente sobre a *jus economia* (análise econômica do direito), identificamos os conceitos principais da economia neoclássica, buscando discorrer sobre o modelo da escolha racional.

Estruturamos o conhecimento sobre a questão da racionalidade *versus* escassez de recursos, tentando compreender como a decisão sobre litigar ou celebrar acordo ocorre a partir da ótica da escolha racional. Em seguida, buscamos compreender como a maximização da utilidade esperada em trocas de mercado ocorre e as atitudes dos agentes econômicos em relação ao risco e à incerteza nesse tipo de decisão. Precisávamos compreender como os principais elementos do modelo da escolha racional seriam avaliados quando os agentes são confrontados entre escolher o litígio ou admitir e buscar o acordo, examinando as principais perspectivas vinculadas ao uso do processo judicial, como as probabilidades de sucesso, por meio da propensão, neutralidade ou aversão ao risco.

A ponderação de custos e benefícios da ação ou do acordo, dos custos do processo e dos benefícios esperados em ambas as hipóteses foram examinados junto com uma mínima compreensão sobre como os referenciais das técnicas de negociação interagem com os da *juseconomia* (MASA ou BATNA) e como se dá a formação da ZOPA para a busca de uma negociação possível.

Seguimos com a compreensão sobre como ocorrem as limitações da racionalidade e do conceito do homem econômico (do modelo da escolha racional) e como o homem real tende a agir em situações de decisão, como sustentado pelas teorias de Herbert Alexander Simon sobre a *bounded rationality* e, a seguir, como se percebe a arquitetura de escolhas a partir dos conceitos emprestados da psicologia e a sua influência na tomada de decisão a partir da teoria da perspectiva (*prospect theory*) de Daniel Kahneman e Amos Tverski.

Enriquecemos o nosso estudo com a identificação e conceituação das principais heurísticas e vieses cognitivos que entendemos aplicáveis ao nosso estudo de caso: heurísticas da representatividade, da disponibilidade, da ancoragem, do afeto e do excesso de confiança e dos vieses confirmatórios, egocêntrico e otimista.

Na última etapa, realizados estudo de caso para avaliar, a partir de entrevistas semiestruturadas, para as quais justificamos os respectivos objetivos de cada pergunta formulada e avaliamos o poder de decisão dos agentes envolvidos e entrevistados.

Avaliamos, ainda com base em referencial teórico existente aplicável para o estudo de caso, o contexto psicológico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o conflito federativo, examinando superficialmente o conceito do conflito fiscal e a sua predominância nos debates sobre o federalismo brasileiro. Precisávamos entender como o comportamento da Suprema Corte brasileira poderia estar influenciando psicologicamente os agentes públicos da União nas suas tomadas de decisão entre negociar ou buscar o conflito federativo.

Nesse ponto, pudemos de antemão verificar que a “jurisprudência federativa” do STF impacta a “reputação” da União no bojo do conflito federativo fiscal e revela uma percepção dos gestores do Ministério da Economia (atual Ministério da Fazenda) sobre um comportamento oportunista dos entes federados sobre as suas estratégias para não pagamento de suas dívidas fiscais com o ente central.

As **heurísticas** da **disponibilidade**, do **excesso de confiança**, da **representatividade** e do **afeto** ocuparam papel relevante nas respostas ao questionário semiestruturado sobre o comportamento dos agentes da União em direção oposta ao da negociação.

De fato, foi notado que os posicionamentos do STF têm exercido forte influência na formação de aversão ao risco em negociações para compensação de dívidas com base no art. 100, §§ 11 e 21 da CF/88. O excesso de confiança dos agentes públicos da União nas suas percepções e o alto grau de conhecimento técnico sobre questões orçamentárias tem gerado atalhos mentais de influência negativa sobre a possibilidade de quitação de débitos com base nesse normativo constitucional.

Além disso, o grau de aversão ao risco é tão enraizado que tem gerado pré-compreensões e interpretações enviesadas pelas **heurísticas da disponibilidade, da ancoragem e do excesso de confiança** sobre os normativos acima, gerando distorções em sua aplicação na prática negocial.

O lado positivo, foi a percepção de que a boa reputação do ente municipal não vem impregnando as suas relações com o ente central, na medida em que não se demonstrou maior impacto negativo da **heurística do afeto** e da **representatividade**, como poderia ocorrer nas relações entre o ente central e os demais entes estaduais.

A percepção sobre o cumprimento voluntário das obrigações contratuais pelo Município revelou um elevado grau de segurança na integridade dessas obrigações, a despeito da “reputação fraca” da União no conflito federativo fiscal.

Por fim, procedemos à análise do acervo documental acessado por meio da Lei de Acesso à Informação e o agregamos ao estudo para, juntamente com os resultados das entrevistas estruturadas, analisar como o comportamento dos agentes da União e do Município de São Paulo foi impactado em algumas das etapas do processo decisório do acordo do Campo de Marte.

Pudemos perceber concretamente a importância do ponto de referência na tomada de decisão sobre a litigância e a negociação, diante do desfecho do acordo do Campo de Marte ter se concretizado a partir da ancoragem realizada pelo ente municipal. Nesse item pesquisado, a **heurística da ancoragem** teve presença marcante em razão das manifestações políticas sobre a negociação e, posteriormente, na avaliação da matriz de cálculos matemáticos sobre o montante da indenização e na *accountability* realizada.

O ponto alto da pesquisa ocorreu no teste das teorias sustentadas por Bernoulli acerca da **teoria da utilidade marginal** e das teorias sobre arquitetura de escolhas na economia comportamental teorizadas por Kahneman, Tversky e Thaler. O impressionante resultado demonstrou que, mesmo diante de comparações entre ganhos e perdas, a partir da variável do ponto de referência, a psicologia envolvida com a aversão à perda revelou-se muito forte na tomada de decisão por ambos os lados envolvidos, demonstrando uma forte presença da **heurística da ancoragem**.

Ao final, pudemos confirmar a presença do **viés confirmatório** sobre as preconcepções que motivaram as partes em direção ao acordo; e do **viés egocêntrico** na percepção dos atores quanto à responsabilidade (ou fuga) sobre suas competências para a contribuição com a *accountability* do acordo (acepção de auto conveniência para criticar a incompetência alheia).

Entretanto, a pesquisa demonstrou a **ausência do viés otimista** de ambas as partes envolvidas em relação ao grau de confiança sobre a probabilidade de êxito definitivo da condenação judicial da União no processo judicial de indenização pelo esbulho do aeródromo do Campo de Marte, diante da simetria de informações que foi construída no procedimento de mediação perante a CCAF.

A constatação final foi a de que a análise econômica do direito (AED) possui um ferramental teórico muito consistente e materialmente forte para agregar, em

conjunto com as técnicas de negociação desenvolvidas pela Universidade de Harvard (*Program on Negotiation*), estratégias de cooperação para superação das influências das heurísticas e dos vieses cognitivos nas tomadas de decisão entre o litígio e a negociação, tendo a capacidade de auxiliar as partes, os advogados, os procuradores estatais, os magistrados e os membros do Ministério Público a buscar formas de agregar eficiência e influenciar positivamente os comportamentos recíprocos em direção dos modelos adequados de solução de conflitos (MASCs).

Por fim, compreender como os fatores subjetivos, psicológicos presentes nas heurísticas e nos vieses cognitivos podem influenciar negativamente as análises e percepções sobre riscos e cenários em mesas de negociação e, especialmente, como o ferramental teórico da AED pode auxiliar na construção de arquiteturas de escolhas complexas, na formatação de estruturas de incentivos mais adequados ou mesmo na estruturação de NUDGEs para auxiliar na tomada de decisão sobre o litígio e o acordo, poderá aumentar, em muito, o desempenho negocial de agentes públicos, sejam eles agentes políticos, administrativos, advogados públicos ou mesmo os mediadores da CCAF.

## Referências bibliográficas

BECKER, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 1976-1990.

Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 55, 1998).

Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022 / Conselho Nacional de Justiça*. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>.

COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, Pittsburgh, PA, v. XXVII, p. 1067-1097, set. 1989.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert and ULEN, Thomas, "Law and Economics, 6th edition" (2016). Berkeley Law Books. Book 2, p. 12 e 13. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>.

CRFB, de 05 de outubro de 1.988. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 1988; Fonte: D.O.U de 05/10/1988.

DANTAS, Andrea de Quadros. *O árbitro da federação pode influenciar o jogo do resgate? O impacto da jurisprudência federalista do STF na crise fiscal dos estados brasileiros*. - 1ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

DONÁRIO, Arlindo/SANTOS, Ricardo. *INCERTEZA e RISCO*. Disponível em: (<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3154/3/A%20INCERTEZA%20E%20O%20RISCO.pdf>)

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, issue 2, p. 114-118. 2013. Disponível em: <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A Tragédia do Judiciário*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, set/dez 2014.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília - DF, UCB, v. 1, n. 1, jan-jun. 2010.

FIGUEIREDO MOURAO, Alessandra Nascimento Silva e. *Técnicas de Negociação para Advogados*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILLIPOFV, Mikhail; ORDESHOCK, Peter e SHVETSOVA, Olga (2004). *Designing Federalism: A Theory of Self-Sustainable Federal Institutions*. Cambridge University Press, 2004.

FINUCANE, Melissa L.; ALHAKAMI, Ali; SLOVIC, Paul. The affect heuristic in judgments of risks and benefits. *Journal of Behavioral Decision Making*, v. 13, issue 1, p. 1-17, 2000.

FISHER, Roger; URY, William. Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

GIL, A.C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOULART, Bianca Bez. Negociação, economia e psicologia: por que litigamos? Bianca Bez Goulart – 2. Ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

HERBERT, Simon Alexander. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 69, n. 1, p. (Feb., 1955).

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

Knight, Frank (1921): 267 - Risk, Uncertainty and Profit. - Boston: Houghton Mifflin. Disponível em: <https://archive.org/details/riskuncertainty00knigrich/page/3/mode/1up?ref=ol&view=theater>

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm).

Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. – Brasília, EAGU, 2017, p. 32/33. Disponível em: [https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/arquivos/manual\\_de\\_negociacao\\_agu-1.pdf](https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/ccafdir/arquivos/manual_de_negociacao_agu-1.pdf).

PIATELLI-PALMARINI, Massimo. *Inevitable Illusions: How Mistakes of Reason Rule our Minds*. Tradução Massimo Piatelli-Palmarini e Keith Botsford. New York: John Wiley & Sons, 1994.

POSNER, Richard A. “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration.” *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, no. 2, 1973, pp. 399–458. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/724058>. Accessed 20 Feb. 2023.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: <http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2019.

Randall L. Kiser, Martin A. Asher, and Blakeley B. McShane, “Let’s Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiations”, *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 5, Issue 3, 551–591, September 2008, p. 552. Tradução livre. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2008.00133.x>.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, vol. 5, n. 2, março de 2008.

SHAVELL, Steven. “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis.” *The Journal of Legal Studies*, vol. 24, no. 1, 1995, pp. 1–28. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/724588>. Accessed 19 Feb. 2023.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1946/2004.

Supremo Tribunal Federal. Relatório de Gestão 2019 – Brasília; STF, 2019, pág. 84. Encontrável em: [https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4481/1222629\\_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4481/1222629_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

THALER, Richard H. *Nudge? Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*/Richard H. Thaler. Cass R. Sustein: tradução Ângelo Lessa – 1ª edição – Rio de Janeiro: Objetiva. 2019.

TVERSKY, Amos/ KAHNEMAN, Daniel. *Judgment Under Uncertainty: heuristics and biases*. *Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131*. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1738360> ou <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2019.



## **Missão**

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

## **Visão**

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável