

A previsão da terminação consensual no art. 88 da Lei 30/1992 decorre de uma necessidade meramente pragmática de disciplinar a frequente prática de negociação entre Administração Pública e administrado acerca da solução final dos processos administrativos.¹⁷ Pela via dos acordos o legislador espanhol pretendeu superar certas disfuncionalidades percebidas na Administração Pública, como a demora no trâmite processual e a decisão administrativa insatisfatória aos pleitos levados pelas partes ao processo.¹⁸

Dessa forma, o art. 88 da Lei 30/1992 se comporta como um permissivo genérico à adoção de fórmulas consensuais pela Administração Pública espanhola para exercício da função administrativa, a qual dispõe do instrumento da terminação convencional do processo.¹⁹ Ao avaliar o impacto da previsão genérica dos acordos administrativos no âmbito da Lei 30/1992, Luciano Parejo Alfonso indica que a principal contribuição foi introduzir um tipo de atividade (consensual), ao lado da atuação administrativa típica ou por contrato, cabível em qualquer projeção da atividade administrativa: polícia, fomento e prestação de serviços públicos.²⁰

No caso espanhol é evidente o caráter de alternatividade dos acordos administrativos. Uma vez que a Lei 30/1992 lhes impõe uma funcionalidade mais precisa, correspondente à terminação convencional do processo, a dicotomia resolução imperativa e unilateral/resolução consensual resta mais nítida. Embora seja reconhecida a possibilidade de acordos do tipo integrativo, a consensualidade no direito administrativo espanhol se assemelha, em termos gerais, aos acordos

finalizadores de los procedimientos administrativos o insertase en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

17. Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., 9ª ed., vol. II, p. 519.

18. Idem, p. 520.

19. “El precepto, [terminação convencional] como ya advertimos al comienzo, quiere ser sólo un marco general, susceptible de dar una cobertura legal genérica a este tipo de fórmulas, hasta ahora aisladas, y de estimular su toma en consideración por las normas especiales llamadas a regular procedimientos concretos, normas éstas que serán, por lo tanto, las que decidirán sobre su efectiva implantación y sobre su alcance, efectos y régimen jurídico” (Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., 9ª ed., vol. II, p. 520).

20. Luciano Parejo Alfonso, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p. 157.

substitutivos italianos, de forma que a adoção do módulo consensual automaticamente exclui o ato unilateral e imperativo, pois incompatíveis entre si.

Substancial diferença em relação ao conceito de Administração concertada decorre do entendimento acerca da funcionalidade dos acordos administrativos. Enquanto a consensualidade se define no sistema espanhol, em regra, como o afastamento da prerrogativa imperativa em prol de acordos bilaterais, a Lei 241/1990 determina um conceito diverso de consensualidade, na medida em que os acordos integrativos predicam a coexistência de consensualidade e prerrogativa imperativa. Para esta segunda linha de entendimento a consensualidade é compreendida como a negociação em torno do exercício do poder administrativo.²¹

Ao lado dos pactos, convênios e contratos, com disciplina própria, os acordos administrativos foram previstos no art. 88 da Lei 30/1992 de forma ampla e atípica. Desde que não sejam contrários ao ordenamento jurídico, não versem sobre matérias insuscetíveis de transação e tenham por objeto a satisfação do interesse público, são cabíveis os acordos administrativos de qualquer delineamento, atendidos os requisitos formais mínimos.²² Apesar da atipicidade da consensualidade no sistema espanhol, há um esforço de classificação dos acordos administrativos. Luciano Parejo Alfonso indica quatro possíveis critérios de classificação: (i) quanto aos efeitos sobre o procedimento; (ii) quanto ao grau de regulação da relação jurídico-administrativa; (iii) quanto ao conteúdo das obrigações estabelecidas; e (iv) quanto ao momento da celebração.²³

21. Questão diversa daquela de utilização do módulo negocial como alternativo ao módulo de exercício de poder – ainda que indubitavelmente conexa – é aquela de utilização dos módulos consensuais no âmbito do processo administrativo, segundo o esquema denominado com a terminologia em uso na Alemanha, “contrato de direito público”, e introduzido na Lei 241/1990 com a norma, notadamente ignorada na prática, do art. 11 (Vincenzo Cerulli Irelli, “Il negozio come strumento di azione amministrativa”, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa (Atti del 47º Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Istituzione Villa Monastero, Varenna, 2001, pp. 79-80).

22. Os requisitos formais mínimos estão estabelecidos no mesmo art. 88, item 2, e correspondem à identificação das partes intervenientes, ao âmbito pessoal, funcional e territorial, ao prazo de vigência e à publicação do acordo administrativo.

23. Luciano Parejo Alfonso, *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, cit., pp. 176-184.

Em relação aos efeitos sobre o procedimento em que sejam celebrados, os acordos consensuais podem ser classificados em *acordos finalizadores do procedimento ou substitutivos* (“acuerdos finalizadores del procedimiento o sustitutivos de las resoluciones”) ou *acordos não finalizadores do procedimento ou não substitutivos* (“acuerdos no finalizadores del procedimiento o no sustitutivos de dichas resoluciones”²⁴). Enquanto os acordos substitutivos tomam o lugar da resolução final unilateral e imperativa, os acordos não substitutivos são preparatórios a esta, geralmente vinculantes ao ato terminativo do processo administrativo. Estes acordos, ao contrário dos substitutivos, não versam sobre a integralidade do conteúdo da resolução do procedimento, pois se assim fosse se equiparariam aos próprios acordos substitutivos. Formalmente, a Administração atua de modo tradicional, apesar da presença da consensualidade no trâmite processual preliminar.

De acordo com o grau de regulação da relação jurídico-administrativa, os acordos podem ser *macro* (“acuerdos-macro”) ou *em sentido estrito* (“acuerdos en sentido estricto”²⁵). Os acordos-macro destinam-se a determinar consensualmente as regras para disciplinar a relação jurídico-administrativa constituída no âmbito do processo administrativo, definindo, inclusive, a forma de celebração de acordos administrativos em sentido estrito.

Quanto ao conteúdo das obrigações estabelecidas, os acordos administrativos são primeiramente classificados em *acordos de execução ou de fixação* (“acuerdos de ejecución o fijación”) e *acordos de intercâmbio* (“acuerdos de intercambio”), podendo também ser agrupados em *acordos simples* (“acuerdos simples”) ou *acordos complexos* (“acuerdos complejos”²⁶). Os acordos de execução destinam-se a estabelecer métodos mais ágeis e eficazes de cumprimento de deveres e obrigações estabelecidos em lei ao se firmar, consensualmente, uma forma de execução mais flexível e consentânea às particularidades do caso concreto. Pelos acordos de intercâmbio negociam-se contraprestações em favor da Administração não previstas em lei para que esta, então, tome determinado provimento. Os acordos simples e os complexos diferenciam-se tanto em razão da duração do pacto quanto pela complexidade do objeto negociado.

24. Idem, p. 78.

25. Idem, p. 180.

26. Idem, p. 181.

Por fim, quanto ao momento da celebração do acordo administrativo, apresentam-se três categorias: os *pré-acordos* (“preacuerdos”), os *acordos parciais* (“acuerdos parciales”) e os *acordos de arbitragem* (“acuerdos de arbitraje”²⁷). Os pré-acordos são celebrados antes do início do processo administrativo com a finalidade de prepará-lo mediante a estipulação consensual de algumas regras para melhor tramitação. Segundo essa sistematização, os acordos parciais consistem nos acordos firmados ao longo do processo administrativo, e, por essa razão, não delimitam integralmente o conteúdo da resolução final. Os acordos de arbitragem correspondem às cláusulas compromissórias para solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública, podendo também abranger a mediação e a conciliação.

2.2 Atuação administrativa consensual

Tomada em *sentido amplo*, a consensualidade corresponde a qualquer forma de acordo de vontades da Administração Pública, abrangendo indistintamente acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral. Esta conceituação de consensualidade determina a definição de atuação administrativa consensual como a ação da Administração Pública por meio de acordos em sentido amplo, seja na esfera administrativa ou judicial, seja entre Administração Pública e administrado ou exclusivamente no âmbito do Poder Público. Em *sentido amplíssimo*, a atuação consensual também é verificada nos casos em que a Administração abre seu procedimento para que o administrado participe, como nas hipóteses dos instrumentos participativos, audiências públicas e consultas públicas.

Embora essas conceituações de atuação administrativa consensual reconhecidas na doutrina sejam igualmente legítimas, adota-se um *sentido restrito* de consensualidade, bastante próximo do trabalho nos sistemas de direito administrativo ambientados no tema, mais notadamente o italiano e o espanhol: *técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos entre Administração Pública e administrado são firmados com vistas à terminação consensual do processo*

27. Idem, p. 183.

administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas). Alguns elementos dessa definição proposta merecem destaque.

Primeiramente, deve-se reconhecer a consensualidade como *técnica de gestão administrativa*.²⁸ Antes de uma exteriorização da participação administrativa ou afirmação da democratização na Administração Pública, a consensualidade consiste em uma técnica de gestão cujo instrumento de formalização corresponde ao *acordo administrativo*. Isso significa que o acordo administrativo consiste em um dos meios para satisfação das finalidades públicas que a Administração tem ao seu dispor, o que certamente reforça o caráter instrumental da atuação administrativa consensual, dado o enfoque no fim de interesse público que a Administração deve perseguir.

É de se notar que a consensualidade é formada por dois componentes mínimos, cada qual relacionado a um específico pressuposto teórico. De um lado, há o *viés cidadão* da consensualidade, determinado pela relação da concertação administrativa com a participação popular. Nessa medida, a atuação consensual da Administração Pública resulta da maior abertura do processo administrativo às manifestações dos particulares, em valorização ao civismo da sociedade, gradativamente mais participativa das deliberações públicas. Por outro lado, há o *viés pragmático* da consensualidade, que se relaciona à governança pública e à instrumentalização de seus mecanismos de operacionalização (eficiência). Segundo essa perspectiva, os acordos administrativos consistem em efetivas válvulas de escape a determinadas disfuncionalidades da atuação administrativa típica, de forma que a atuação concertada pela Administração pode se mostrar mais eficiente no caso concreto quando comparada com os provimentos imperativos e unilaterais. Dessa forma, a técnica de gestão consensual insere-se no estágio mais avançado de participação administrativa, pois incide sobre a própria deliberação pública, mas é fortemente caracterizada pelo pragmatismo, ou seja, pela compreensão dos acordos administrativos como mecanismos instrumentais de satisfação de finalidades públicas (funcionalizado).

Por essa razão, a consensualidade induz à análise dos efeitos do modelo de atuação por meio de atos imperativos e unilaterais e do

28. Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 273.

modelo de atuação consensual, de modo confrontado, para escolha do mecanismo mais adequado no caso concreto, tendo em vista os interesses das partes. Obviamente, a medida da eficiência irá variar conforme o ângulo de análise, pois a Administração possui uma gama de interesses e concentra determinadas variáveis de negociação que o administrado não detém, embora em alguns casos tais interesses possam ser convergentes.²⁹ No entanto, a alternatividade ato imperativo unilateral/ato consensual é recorrente na atuação administrativa consensual.

Outro ponto a ser salientado corresponde à *dinâmica de negociação*. Para o conceito restrito que se adota, o objeto da negociação é a prerrogativa pública (no extremo, a prerrogativa imperativa), tanto quanto relativamente ao uso dessa prerrogativa pelo agente público como com relação à medida do exercício do poder de autoridade estatal. A negociação das prerrogativas públicas corresponde a ponto sensível do direito administrativo, pois remete à questão da indisponibilidade do interesse público ao determinar concessões recíprocas entre as partes negociantes pública e privada. Esta dinâmica de negociação implica, portanto, a substituição de uma sanção administrativa de advertência por obrigações de fazer ou de não fazer pelo administrado,³⁰ por exemplo. Em síntese, o caráter instrumental das prerroga-

29. Conforme se nota, o conceito de “atuação administrativa consensual” adotado envolve em uma ponta a Administração Pública detentora do poder de império e na outra ponta o administrado diretamente interessado no exercício do poder de autoridade estatal. Dessa forma, estão excluídos da noção endossada os acordos intragovernamentais, como os convênios e os consórcios públicos.

30. Não se reconhece, salvo disposição legal explícita, a obrigação de dar como cláusula de instrumento consensual, na medida em que isto determinaria uma burla ao dever de licitar inscrito no art. 37, XXI, da CF. Em experiência dos termos de compromisso/TCs na Comissão de Valores Mobiliários/CVM, o ente regulador do mercado de capitais negociou a suspensão da aplicação de sanções administrativas aos agentes de mercado mediante o pagamento por estes de cursos internacionais aos funcionários da CVM ou, ainda, mediante a aquisição de certas obras para melhoria do acervo da biblioteca. Essas práticas vão de encontro ao dever de licitar, na medida em que a Lei 6.385/1976 não cria nenhuma hipótese de dispensa de licitação pela celebração de TC, estando, portanto, a aquisição de bens e serviços vinculada à realização de prévio procedimento licitatório no qual se garanta a igualdade perante os licitantes. Ademais, deve-se enfatizar o grande risco de captura do regulador engendrada pela referida prática; bem como o afastamento do instrumento consensual à sua função de satisfazer finalidades públicas, no caso, a saúde do mercado de valores mobiliários, pela disponibilidade de informação, a “afetação” do TC. Na qualidade de instrumento regulatório, o acordo administrativo deve necessariamente induzir com-

tivas públicas e a função primacial de legitimação da autoridade estatal de argumentos retóricos como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público viabiliza a negociação das potestades públicas.

O conteúdo público e a forma privada dos acordos administrativos são marcantes na atuação administrativa consensual. De fato, no procedimento consensual constatam-se a negociação e a posterior celebração de acordo em razão da convergência de vontades entre Administração Pública e administrado.³¹ A consensualidade também deve ser compreendida no contexto da contratualização, que remete ao cenário de maior adoção de instrumentos privados pela Administração Pública, o que pode suscitar dúvidas a respeito da natureza jurídica da deliberação consensual. Afinal, trata-se de ato administrativo, contrato administrativo, negócio jurídico ou uma nova figura no direito administrativo?

Novamente a natureza jurídica do acordo administrativo compreendido na definição estrita depende, fundamentalmente, do conceito que se adote de “ato administrativo”, “negócio jurídico” e “contrato administrativo”, o que é verdadeiramente uma celeuma no direito administrativo brasileiro. Há pouca utilidade na classificação do ato consensual em uma ou outra tradicional categoria do direito público. A nota da *atipicidade* na consensualidade reforça a inviabilidade de buscar o enquadramento dogmático da deliberação consensual.³² A secular finalidade de identificar a natureza jurídica para determinar o regime jurídico aplicável aos institutos mostra-se hoje bastante limitada, por conta da especialização do direito administrativo em ordenamentos setoriais,³³ que confere tratamento jurídico especializado aos

portamentos do regulado, razão pela qual as cláusulas dos atos consensuais restringem-se, a princípio, a obrigações de fazer ou de não fazer.

31. Não se está a admitir a autonomia de vontades na Administração Pública, a qual está vinculada a satisfazer as finalidades públicas, e, por consequência, toda a sua atuação sujeita-se ao alcance destes fins públicos. Em outros termos: a vontade da Administração é funcionalizada, estando necessariamente atrelada ao fim de interesse público que tem por dever promover (cf. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 33-34).

32. A atipicidade é usualmente compreendida na esfera das relações contratuais, ao contrário do ato administrativo unilateral, lastreado pelo princípio da tipicidade (cf., por todos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 202).

33. “É possível dizer-se então que a regulação intervém como um tipo de aparelhagem própria a um setor, integrada dentro dele – do qual a regulamentação é

acordos administrativos quer sejam denominados “atos”, “contratos” ou “negócios jurídicos”. Em primeiro plano, deve-se, assim, compreender o regime jurídico ditado por cada subsistema do direito administrativo a cada tipo de acordo administrativo.³⁴

Ainda, o conceito de atuação administrativa consensual adotado restringe-se ao âmbito do *processo administrativo*. No tema da consensualidade a noção de processo administrativo é fundamental, na medida em que um valoroso pressuposto deste estudo consiste em reconhecer a ação estatal não apenas na figura do ato, mas também no processo administrativo.³⁵

apenas um dos instrumentos –, que entrelaça regras gerais, decisões particulares, sanções, soluções de conflitos, e que inclui geralmente a criação de um regulador independente” (Marie-Anne Frison-Roche, “Definição do direito da regulação econômica”, *RDPE* 9/24, Belo Horizonte, Fórum, janeiro-março/2005).

34. Há na doutrina certa inclinação por considerar os acordos administrativos como *transações*, razão pela qual se aplicariam subsidiariamente os preceitos normativos do Código Civil correspondentes à transação civil (arts. 840-850) (cf. Onofre Batista Jr., *Transações Administrativas. Um Contributo ao Estudo do Contrato Administrativo como Mecanismo de Prevenção e Terminação de Litígios e como Alternativa à Atuação Administrativa Autoritária, no Contexto de uma Administração Pública Mais Democrática*, cit., p. 327).

Cf. também Ada Pellegrini Grinover, que considera ser a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta da Lei 8.884/1994 de transação (“O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência”, *Revista do IBRAC* 16/193, n. 1, São Paulo, Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional/IBRAC, 2009).

Como se verá com maiores detalhes no item 3.3, o direito administrativo dispõe de variados acordos administrativos, cada qual com funcionalidade e regime diferenciados. É inviável, portanto, afirmar uma natureza comum a todos os instrumentos consensuais positivados o que, inclusive, seria um limitador à dinâmica consensual. Quanto mais sujeitar os acordos administrativos à disciplina civilista, cujo instrumento da transação civil se destina a questões próprias do sistema civil. Vale transcrever o art. 844 do CC, cujo teor deixa evidente a aderência da transação civil às questões específicas desse ramo do Direito:

“Art. 844. A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.

“§ 1º. Se for concluída entre o credor e o devedor, desobrigará o fiador.

“§ 2º. Se entre um dos credores solidários e o devedor, extingue a obrigação deste para com os outros credores.

“§ 3º. Se entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue a dívida em relação aos codevedores.”

Ademais, é necessário ressaltar a ausência de previsão normativa expressa que determine a aplicação subsidiária das normas de direito civil à atuação administrativa consensual.

35. Sabino Cassese aponta duas razões para a passagem do ato para o processo no direito administrativo: (i) reconhecimento pela jurisprudência administrativa de

A função primacial do processo administrativo consiste na garantia dos direitos dos administrados em face da Administração Pública. Tal viés, marcadamente liberal, decorria do anseio de minimizar os efeitos da ação administrativa eminentemente autoritária, pois o estabelecimento de um rito de observância inescusável pela Administração Pública tanto traria previsibilidade à tomada das decisões administrativas quanto ampliaria o direito de defesa do administrado em cada uma de suas fases, inclusive pela judicialização do processo administrativo.

Porém, a potencialidade do processo administrativo extrapola o campo subjetivista ao possibilitar a uniformização da atividade administrativa, atender ao dinamismo das decisões administrativas, validar as decisões administrativas, exteriorizar os fundamentos das decisões administrativas, a participação administrativa, o arbitramento dos diferentes interesses que se apresentam e o incremento do controle.

O processo administrativo permite *uniformizar* o tratamento dogmático de toda a atividade administrativa³⁶ e, assim, superar dificuldades jurídicas comuns a diversos órgãos e entes da Administração que eram resolvidas de distintas formas, em prejuízo aos direitos dos administrados. Nesse sentido foram editadas leis gerais de processo administrativo no Brasil (no âmbito federal, Lei 9.784/1999), com vistas à uniformização da atividade administrativa, para equanimidade dos limites aos poderes detidos pelas autoridades administrativas, em prol da garantia dos direitos dos administrados.³⁷

que a atividade administrativa era eminentemente sequencial (ato-trâmite/ato final) ao diferenciar ato preparatório de ato final para fins de impugnação por vício e (ii) influência dos estudos da ciência jurídica que apontaram para a diferença entre as decisões próprias das organizações privadas (não reguladas) e da Administração Pública, cujo procedimento prévio é intensamente normatizado (*Las Bases del Derecho Administrativo*, Madri, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, p. 250).

Vasco Pereira da Silva, por sua vez, apresenta quatro razões para a denominada *crise do ato administrativo*: (i) o modelo de Administração Pública em que se verificou a construção teórica do ato administrativo já não mais existe; (ii) o ato administrativo perdeu seu papel de protagonista com a manifestação da atividade administrativa por meio de outras formas, como os contratos; (iii) o ato administrativo integra um quadro mais vasto de relação jurídico-administrativa, qual seja, o processo administrativo; (iv) afastamento da definitividade da executoriedade do domínio da recorribilidade pelo constituinte português (este último canal mais específico ao caso lusitano) (*Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 5).

36. Vasco Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., p. 303.

37. Conforme Carlos Ari Sunfeld, o grande impacto da elaboração de lei geral de processo administrativo “foi impor um *regime universal* quanto a certos problemas

Reconhecer o *dinamismo da atuação administrativa* implica verificar que poucas decisões administrativas hoje podem ser consideradas *one shot*.³⁸ A tomada de decisões pela Administração Pública não se esgota em um único ato, mas resulta da confluência de diversos momentos integrados e direcionados para a consecução do ato final; ou seja: resulta da própria lógica processual.³⁹

Segundo Odete Medauar:

Na concepção atual, o processo administrativo configura meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo. Além disso, propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, permitindo verificar, por conseguinte, como se realiza a tomada de decisões; e assim contribui para conferir-lhe maior grau de objetividade. Como contraponto à visão estática da atividade administrativa, correspondente à noção atomista do ato, se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu “formar-se” e nos seus vínculos instrumentais.⁴⁰

ou questões jurídico-administrativos que se repetem nos diversos órgãos e entes (por exemplo: a formalização de decisões, a divulgação de atos, a apresentação de recursos, a aplicação de sanções, a anulação de atos, a expedição de certidões, a apuração de denúncias etc.). (...)” (“Processo e procedimento administrativo no Brasil”, in Carlos Ari Sunfeld e Guillermo Andrés Muñoz (coords.), *As Leis de Processo Administrativo – Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/1998*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 25).

38. Segundo Sabino Cassese, “ninguna decisión es *one shot*; esto es, ninguna decisión se agota en un solo acto” (*Las Bases del Derecho Administrativo*, cit., p. 249).

39. Ao dispor sobre o controle judicial no sistema norte-americano das decisões administrativas, Ernest Gellhorn e Ronald M. Levin terminam por expor o método de decisão administrativa: “To understand the complex assortment of administrative law doctrines on judicial review, one must begin with the realization that most administrative decisions result from a series of determinations on the agency’s part. Typically, an agency starts by interpreting the law it is supposed to implement; it finds facts about the situation it will address; and it uses discretion in applying the law to the factual situation that it has found to exist. Each of these types of determinations calls for a different kind of inquiry by a reviewing Court” (*Administrative Law and Process in a Nutshell*, 4ª ed., St. Paul, West Publishing, 1997, pp. 73-74).

40. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2003, p. 224.

Passa o processo administrativo a ser *condição de validade* das decisões administrativas e do próprio exercício do poder administrativo. Longe de visualizar o processo administrativo unicamente como mecanismo de exercício do poder administrativo, impende notar que o poder administrativo apenas será legalmente exercido se precedido de processo administrativo. Ainda que situações de urgência ou necessidade impeçam a elaboração prévia de processo administrativo, certamente este deverá fundamentar o exercício do poder administrativo por meio de processo administrativo *ex post*.

Trata-se da verificação de que o processo administrativo consiste em um *iter* formado por diversos atos administrativos, e não em um ato complexo, em que *a construção da decisão administrativa é exteriorizada* e amplamente motivada nos diferentes momentos que integram o processo administrativo. Em outros termos: os fundamentos da decisão administrativa relativos à construção da mesma são exteriorizados nos atos de processo administrativo.

Também é no âmbito do processo administrativo que se efetiva a *participação administrativa*. O caráter *organizativo* é valorizado pela participação no processo administrativo, pois este consiste no mecanismo institucionalizado de levar os interesses à Administração Pública para que esta proceda ao *arbitramento de interesses* e, assim, conformar a atuação administrativa.⁴¹

A decisão administrativa constrói-se na dinâmica processual. Caracterizado pela sucessão de atos administrativos conjugados e harmonizados à decisão administrativa final, o processo administrativo pode ser visualizado como o ambiente de construção da decisão administrativa proporcional e adequada às especificidades da situação *in concreto*.⁴² Ademais, como cada momento processual corresponde a um ato administrativo específico, e partindo do pressuposto de que a motivação consiste em uma das condicionantes de validade do ato administrativo, tem-se, além da ampla motivação da decisão final,

41. Cf., por todos, Floriano Azevedo Marques Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 123 e ss.

42. Cf. o inciso IX do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999: "IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados".

detido estudo acerca da melhor decisão a ser tomada, levando em consideração as especificidades da situação concreta.

Assim, superado o paradigma do ato na ação administrativa e compreendido o papel primacial do processo administrativo, desloca-se o foco da consensualidade do acordo administrativo para o processo no qual o ato consensual será celebrado.⁴³ Reconhece-se, assim, a atuação administrativa como a realização de processo administrativo,⁴⁴ e não propriamente da edição de ato ou acordo administrativo; de forma que a atuação consensual necessariamente deve ser considerada no *iter* procedimental. Como consequência, os acordos administrativos celebrados no contencioso judicial pela Administração Pública não serão objeto de análise específica.

2.3 Pressupostos teóricos da consensualidade

A consensualidade, enquanto mecanismo de atuação administrativa, estrutura-se a partir de certos pressupostos teóricos. A compreensão destas premissas teóricas e a análise de como essas construções conformam a consensualidade não são apenas relevantes para contextualizar a consensualidade na teoria do direito administrativo, mas especialmente para conferir segurança e maior tecnicidade ao manejo de instrumentos consensuais na esfera administrativa. Na medida em que se conhecem as teorias que subsidiam a consensualidade, a dinâmica de aplicação dos acordos administrativos se torna melhor orientada pela ambientação da consensualidade nas matrizes teóricas às quais se relaciona. Particularmente na consensualidade o arcabouço teórico é especialmente caro, tendo em vista a incipiente experimentação da consensualidade no Brasil.

Nos próximos itens serão apresentados os pressupostos teóricos orientadores da consensualidade – quais sejam: a eficiência, a participação administrativa e a governança pública.

43. Cf. Vasco Manuel Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., pp. 134 e ss.

44. Odete Medauar, "Administração Pública: do ato ao processo", in Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coords.), *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

2.3.1 *Eficiência administrativa e instrumentalização da consensualidade*

Há na teoria do direito administrativo brasileiro recente debate em torno do princípio da eficiência, ensejado pela sua constitucionalização por meio da Emenda Constitucional 19/1998 no *caput* do art. 37 da CF,⁴⁵ ao lado de outros preceitos estruturantes do direito administrativo, dos quais é exemplo a legalidade. Verifica-se a partir da segunda metade da década de 1990 a proliferação de estudos constitucionais e administrativistas sobre a eficiência, voltados à identificação do significado jurídico desse princípio, à análise de sua aplicabilidade e de seus efeitos sobre tradicionais institutos administrativos – especialmente sobre o ato e o processo administrativos –, bem como ao seu impacto sobre a racionalidade das decisões tomadas pela Administração Pública.

Certamente, o primeiro objeto de análise mencionado – conteúdo jurídico da eficiência – consiste no principal ponto de debate nos textos acadêmicos sobre o tema. Afinal, no que consiste a eficiência administrativa? Na medida em que essa pergunta se mostra imprescindível ao estudo do tema, pois dela emana a linha de raciocínio empregada para destrinchar suas implicações, a indagação é respondida em praticamente todos os escritos, apresentando-se como item preliminar necessário ao menos para demonstrar a pluralidade de conceitos que podem ser elaborados para precisar a eficiência administrativa.

Tendo em vista a natureza de conceito jurídico indeterminado de “eficiência”, corroborada pelo seu viés principiológico, o preceito é caracterizado pela multiplicidade de significados, que decorrem da textura semântica aberta. A concretização do comando exige, assim, a adoção de uma linha de entendimento. Três relevantes interpretações do princípio da eficiência são extraídas da produção acadêmica sobre o tema: (i) eficiência como sinônimo de “boa administração”; (ii) eficiência como comando de otimização das decisões administrativas; e (iii) eficiência como dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes ao caso concreto.

45. Art. 37, *caput*, da CF: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

De acordo com a primeira interpretação conferida ao princípio da eficiência, este estaria compreendido no dever de “boa administração” por que a Administração Pública deve obrigatoriamente se orientar.⁴⁶ Assim, a eficiência não seria uma inovação, e sua constitucionalização no art. 37, *caput*, da CF, não geraria qualquer diretriz de gestão pública à Administração, pois destituído de valor metodológico enquanto mero desdobramento do mencionado dever de “boa administração” que sempre orientou o Poder Público. Conforme se verifica, esta corrente minimiza a funcionalidade da eficiência.⁴⁷

O entendimento da eficiência como *comando de otimização das decisões administrativas* corresponde ao conceito mais difundido no direito administrativo brasileiro.⁴⁸ Segundo essa orientação, a eficiência administrativa força o incremento da qualidade da decisão tomada pela Administração Pública, fazendo-a mais consentânea com o interesse público que visa a tutelar. Além da decisão administrativa propriamente dita, o princípio da eficiência, nos termos desta proposição, incidiria também sobre o exercício da competência administrativa pela Administração, ao requisitar a presença de elementos potencializadores de um procedimento mais célere e técnico, por exemplo.⁴⁹

46. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 125.

47. Ao discorrer sobre o princípio da eficiência, Lúcia Valle Figueiredo assim aduz: “Ao que nos parece, pretendeu o ‘legislador’ da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria agir com eficácia. Todavia, o que podemos afirmar é que *sempre* a Administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores”. A autora indica, porém, que a positivação do princípio da eficiência determina um controle mais amplo da Administração Pública, abarcando também o controle da eficácia dos atos administrativos (*Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 64-65).

48. Cf.: Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 12ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2008, p. 128; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 39ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, pp. 102-103; Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 21-22.

49. A passagem a seguir de Odete Medauar exemplifica o exposto: “O vocábulo ‘eficiência’ liga-se à ideia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; significa obter o máximo de resultado de um programa a ser realizado, como expressão de produtividade no exercício de atribuições. Eficiência opõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão. Como princípio da Administração Pública, determina que esta deva agir de modo ágil e preciso, para produzir resultados que atendam às necessidades da população” (*O Direito Administrativo em Evolução*, cit., 2ª ed., p. 242).

Por fim, a última vertente do princípio da eficiência verificada nos textos acadêmicos aproxima a eficiência de uma obrigação de meio, pois considera a eficiência como o *dever de escolha do meio mais adequado* para determinar decisões eficientes ao caso concreto.⁵⁰ Segundo essa perspectiva, a eficiência seria dotada de valor metodológico correspondente ao condicionamento das decisões administrativas à prévia ponderação dos meios à disposição da Administração Pública para satisfazer determinada finalidade de interesse público. A escolha do meio tanto incide sobre a seleção do instrumento jurídico a ser adotado para satisfação das competências administrativas quanto sobre a conformação do instrumento eleito, especialmente sua intensidade. Desta forma, a decisão eficiente seria aquela cujos meios se mostrem os mais adequados, ou simplesmente adequados,⁵¹ para a promoção de determinada finalidade.

Nesta terceira vertente, a grande questão em pauta consiste em identificar o critério para escolha do meio adequado para promoção das finalidades públicas e, assim, estabelecer a decisão eficiente. Basicamente, dois possíveis critérios são discutidos nos recentes estudos sobre a eficiência administrativa, quais sejam: o critério utilitarista e o critério de proporcionalidade.

Diante do dado econômico de que os recursos são escassos, o critério utilitarista anunciado leva em consideração o cenário de escassez para estabelecer como decisão eficiente aquela capaz de conferir o melhor proveito dos recursos escassos; ou seja: mediante a análise de custo/benefício, a decisão eficiente corresponderia àquela que conseguisse maximizar os benefícios com os menores custos.⁵² Esse

50. Ao analisar essa terceira corrente interpretativa do princípio da eficiência, Mateus Piva Adami indica ser a diferença entre a eficiência como comando de otimização e a eficiência como dever de escolha do meio mais adequado, respectivamente denominadas de “faceta da eficácia administrativa” e “faceta da economicidade” pelo autor, o parâmetro de comparação. Enquanto na primeira o parâmetro de comparação é o resultado ideal, nesta os meios são comparados (*A Discricionariedade Administrativa em Face do Princípio da Eficiência*, dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP no dia 13.12.2007, p. 24).

51. Humberto Ávila, “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 4/5, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, outubro-dezembro/2005 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 10.12.2010).

52. Essa é a linha perfilhada por Marçal Justen Filho, que, todavia, prefere se referir ao princípio da eficiência como “princípio da eficácia administrativa”, para,

raciocínio é caro ao direito administrativo, na medida em que a Administração Pública lida imediatamente com recursos públicos escassos, sendo muitas vezes compelida a tomar decisões difíceis envolvendo a alocação eficiente de recursos em uma ou outra política pública.⁵³

A *proporcionalidade* corresponde a outro critério bastante recorrente para determinar o meio mais adequado à decisão eficiente. Humberto Ávila apoia-se nos subprincípios da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito do princípio da proporcionalidade para determinar o modo de a Administração Pública satisfazer seus fins de forma eficiente.⁵⁴ Para o autor, a eficiência não coloca à Administração Pública o dever de adotar a “decisão ótima” ao caso concreto – o que tanto seria inócuo, ante a inviabilidade prática de precisar o meio mais intenso, melhor e seguro entre todas as opções – quanto poderia tolher a prerrogativa de avaliação do Legislativo ou, ainda, desconsiderar os demais argumentos que poderiam justificar a escolha de um meio excluído, por não ser tão intenso, melhor ou seguro. Assim, “a Administração Pública deverá escolher um meio que promova

assim, evitar a indevida confusão entre eficiência administrativa e eficiência econômica. Segundo o administrativista, “a eficácia administrativa significa que os fins buscados pela Administração devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível, o que não é sinônimo de obtenção de lucro” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 4ª ed., p. 120).

Cf., ainda, Alexandre Santos de Aragão, para quem “a eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos” (“O princípio da eficiência”, *RBDP* 4/1, Belo Horizonte, Fórum, janeiro-fevereiro/2004).

53. Daniel Wei Liang Wang, *Poder Judiciário e Participação Democrática nas Políticas Públicas de Saúde*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 23.7.2009, pp. 13-15.

54. Além da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade é composto pelo postulado da necessidade, de acordo com a teoria proposta por Alexy, adotada por Humberto Ávila. Para avaliar a adequação – que significa a exigência de relação empírica entre meio e fim –, o autor propõe a consideração de aspectos quantitativos, qualitativos e probabilísticos: “Em termos quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E, em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio” (“Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”, cit., *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 4/22).

minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor nem o mais seguro”.⁵⁵ Dessa forma, a decisão eficiente segundo o critério de proporcionalidade proposto por Humberto Ávila consiste na escolha do meio adequado que atenda à “exigência mínima de promoção dos fins” em termos quantitativos, qualitativos ou probabilísticos. De acordo com essa perspectiva de análise, a eficiência administrativa não se encerra na análise dos meios – embora esta seja etapa imprescindível à ponderação –, mas considera em igual medida o efeito concreto da decisão tida por eficiente.

Qualquer que seja o critério adotado – utilitarismo ou proporcionalidade –, a interpretação da eficiência administrativa como o dever de escolha do meio adequado para determinar decisões eficientes ao caso concreto destaca a *instrumentalidade* do direito administrativo e, por consequência, de seus institutos jurídicos. Por essa perspectiva de análise, os institutos de direito administrativo seriam instrumentos voltados à satisfação de finalidades públicas específicas, que não apenas o vago interesse público, e, enquanto legítimas ferramentas de promoção das funções, admitiriam análises e ponderações das quais resultaria a escolha de uma dentre várias opções igualmente legítimas. Ao considerar o meio de alcance das finalidades públicas como um indiferente, os institutos de direito administrativo passam a ser qualificados como *instrumentais e fungíveis* em relação ao fim de interesse público que pretendem satisfazer: para formação da decisão eficiente, um ou outro instituto de direito administrativo pode ser utilizado, assim como o instrumento escolhido pode assumir uma ou outra conformação.

A *mudança metodológica* que paulatinamente se evidencia no direito administrativo brasileiro, explicitada no debate em torno do princípio da eficiência, é certamente uma das mais significativas transformações ocorridas na última década, que acompanha, em certa medida, debates verificados na teoria do Direito.

Dentre os debates na teoria do Direito, é de se apontar a análise funcional do Direito proposta por Norberto Bobbio. Em 1971 o autor publicou o artigo “Verso una teoria funzionalistica del Diritto”, no qual defendeu a análise do Direito sob o ponto de vista funcional, em detrimento do ponto de vista estrutural, então prevalecente. Essa ideia

55. Humberto Ávila, “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”, cit., *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 4/23.

inicial foi destrinchada no livro *Da Estrutura à Função*,⁵⁶ a partir da crítica à concepção funcionalista do Direito formulada por Kelsen.

A guinada de Bobbio está em identificar no Direito não apenas um papel repressivo, mas também promocional, na medida em que as normas jurídicas podem fomentar a adoção de determinados comportamentos. Tanto a função repressiva exercida por meio da sanção quanto a função promocional podem condicionar o comportamento dos destinatários de ambos os comandos estatais.⁵⁷ Duas consequências importantes decorrem dessa concepção do Direito, quais sejam: implosão da construção binária das relações jurídicas traduzida na relação proibido/permitido e reconhecimento do caráter instrumental do Direito, isto é, de suas normas e institutos jurídicos, pois funcionalizados. Bobbio propõe, assim, uma *teoria funcional do Direito* estruturada na consideração do Direito como um instrumento para alcançar determinadas finalidades.⁵⁸

Importante asseverar que a consideração do direito administrativo como funcional somente é possível de acordo com os elementos conferidos pelo pensamento legal funcional, ainda que este não seja expressamente invocado. Notar um instituto como instrumental significa antes reconhecer que seu emprego gera necessariamente efeitos de diferentes ordens; efeitos, esses, cambiantes, conforme o contexto no qual o instituto se insere. Ainda, predica compreendê-lo como um

56. Traduzida e publicada no Brasil em 2007, a obra *Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito* (Barueri/SP, Manole, 2007) é resultado da coleção de vários estudos de Norberto Bobbio.

57. “A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional” (Norberto Bobbio, *Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito*, cit., p. 13).

58. “O que distingue essa teoria funcional do Direito de outras é que ela expressa uma concepção meramente instrumental do Direito. A função do Direito na sociedade não é mas servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do Direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do Direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins” (Norberto Bobbio, *Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito*, cit., p. 57).

mecanismo de promoção de finalidades públicas, pois o formalismo cede para a funcionalidade do sistema, com o deslocamento do foco de atenção da estrutura para a função, ensejando figuras atípicas substitutivas ou complementares ao instituto.

Por muito tempo o entendimento da atuação administrativa se resumia à máxima “administrar é aplicar a lei de ofício”.⁵⁹ O tradicional brocardo bem sintetiza a concepção de uma Administração simplesmente reprodutora da vontade do Parlamento, nos termos da legalidade formal. No entanto, constata-se a tendência de não limitar a função administrativa à mera realização concreta da prescrição normativa, isto é, não limitar a função administrativa a seu aspecto estrutural, mas a condicionar à satisfação concreta de finalidades públicas. Nessa medida, os efeitos práticos da atuação administrativa importam ao direito administrativo funcionalizado, ditado pela legalidade material, eminentemente finalística.⁶⁰ A função do direito administrativo cada vez mais corresponde à prestação eficaz das competências administrativas por meio de instrumentos jurídicos adequados e com resultados concretos satisfatórios ao desenvolvimento econômico-social.⁶¹

Instrumentalização e funcionalização do direito administrativo ensejam a abertura à consensualidade, na medida em que, conforme o critério racional que se adote para delimitar o conteúdo de “decisão eficiente”, os acordos celebrados entre Administração Pública e administrado podem ser uma possível opção de escolha, admitindo ponderações de eficiência no caso concreto juntamente com o ato administrativo imperativo e unilateral.⁶² De semelhante forma, a decisão

59. Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 180.

60. Cf. Alexandre Santos de Aragão, “O princípio da eficiência”, cit., *RBDP* 4/4.

61. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “como o Estado tem como razão de existir e como missão constitucional servir à proteção e à realização dos direitos fundamentais, é evidente que a teoria funcional do direito público se volta à obtenção de resultados que efetivamente e não apenas intencional ou retoricamente satisfaçam a essa vocação” (*Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade, Finalidade, Eficiências, Resultados*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 111).

62. “A instrumentalização do direito administrativo econômico às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial consensualização; no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente (...)” (Alexandre Santos de Aragão, “A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos”, *RDE* 1/157, Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/2006).

unilateral da Administração pode ser mais eficiente mediante prévia celebração de acordos administrativos para conformá-la, no caso dos acordos integrativos.

Uma vez que o foco da análise ensejada pela terceira vertente de interpretação da eficiência administrativa se desloca para a função, também a atuação administrativa consensual passa a ser considerada efetivo instrumento de realização das finalidades públicas. De fato, a maior previsão de instrumentos consensuais deve-se em muito a uma necessidade pragmática de superar certos impasses burocráticos, mais notadamente a demora da tramitação do processo administrativo ou a baixa execução de medidas aplicadas pela autoridade administrativa.

No âmbito da teoria do direito administrativo nota-se o esforço de artigos acadêmicos em afirmar a consensualidade pelo elenco dos diversos efeitos positivos que podem advir da celebração de acordos administrativos. O “elogio ao consenso” é vasto, e denota a preocupação desses autores em legitimar o recurso a esquemas não imperativos para cumprimento das competências administrativas pela perspectiva da eficiência.⁶³ A indicação dos efeitos positivos assinalados nos textos que versam sobre a consensualidade denota a relevância da eficiência para a afirmação dos acordos administrativos como legítimo instrumento de ação administrativa.

Pela listagem dos benefícios decorrentes da adoção de esquemas concertados acima mencionados, esta corrente de pensamento favorável à consensualidade objetiva inserir os acordos administrativos no jogo de ponderação dos meios a que a Administração Pública deve proceder para tomar a decisão ótima ao caso concreto. O “elogio ao consenso” possui, assim, a função primeira de evidenciar a consensualidade como instrumento de ação administrativa que necessariamente deve ser considerado na análise dos meios determinada pela terceira interpretação da eficiência, dados seus significativos efeitos positivos. Como consequência, a enumeração das benesses dos acordos administrativos serve de estímulo à adoção de fórmulas concertadas pela Administração Pública e à sua legitimação como forma válida e eficaz de desenvolvimento das atividades administrativas.

Já foi explicado que a interpretação da eficiência administrativa como dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões

63. Cf. item 2.1.

ótimas ao caso concreto possui dois grandes critérios em pauta, o utilitarismo e a proporcionalidade. Projetada nessa proposta de análise, a consensualidade inaugura um terceiro critério de determinação da decisão administrativa eficiente: a escolha do meio pelos *efeitos*.⁶⁴

Isso não quer dizer que a consensualidade seja incompatível com ambos os critérios previamente mencionados. Os acordos administrativos podem perfeitamente ser objeto de análise de custo/benefício, uma vez que mensuráveis, principalmente quanto às variáveis tempo e custos, assim como admitem figurar no jogo de proporcionalidade. No entanto, é de se verificar que a consensualidade remete na maioria dos casos à evidente dualidade ato imperativo/ato consensual, de forma que os efeitos de ambas as medidas de desenvolvimento da função administrativa levam à inevitável comparação entre imperatividade e consensualidade para satisfação das finalidades públicas. Dessa forma, ato imperativo e ato consensual passam a ser preferencialmente escolhidos, em razão dos efeitos específicos que geram no caso concreto.

O exemplo da prerrogativa sancionatória é bastante esclarecedor do exposto.

Conforme indicado no Capítulo 1 deste trabalho, a sanção administrativa consiste em efetivo instrumento de atuação administrativa cujos principais efeitos podem corresponder à repressão do infrator, recomposição da legalidade, prevenção de infrações pelo efeito simbólico que gera à sociedade, persuasão nos acordos administrativos e, no âmbito regulatório, à afirmação do regulador perante o regulado. Em contrapartida, a consensualidade gera, a princípio, outra ordem de efeitos, compreendidos no elogio ao consenso: eficácia da decisão administrativa, freio à judicialização da decisão administrativa, possibilidade de haver decisões mais proporcionais ao potencial gravame, paridade entre Administração Pública e administrado, economia de tempo e de custos e adequação às especificidades setoriais e do caso concreto. Se a Administração Pública buscar aproximar o administrado de suas decisões, então, o ato consensual será preferido. No entanto, se a proposta for afirmar a autoridade estatal, a sanção administrativa apresenta-se como o meio mais adequado para tanto.

64. José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 312.

Importante asseverar que sanção administrativa e acordo administrativo são, ambos, instrumentos de ação administrativa fungíveis⁶⁵ e com efeitos específicos que podem ser preferidos em determinado caso. Não há que se afirmar o acordo administrativo como um mecanismo alternativo à atuação administrativa típica, e nem como a forma preferencial de satisfação das competências pela Administração no limiar do século XXI, em detrimento da atuação imperativa. São, indistintamente, instrumentos à disposição da Administração Pública quando do cumprimento de suas competências, que predicam a análise racional concreta, considerando todos os elementos que compõem o contexto no qual se inserem.

O fundamental para a garantia da funcionalidade tanto da atuação imperativa quanto da atuação consensual é a alternância entre elas. Sem a constante ameaça da imperatividade, que não se coloca pela previsão normativa de sanções gravosas, mas pela real aplicação de sanções simbólicas pela autoridade administrativa, com o devido cumprimento, não há acordos administrativos eficazes. Sem a consensualidade, porém, a Administração Pública passa a andar na contramão da demanda por participação administrativa, colocando em questionamento a legitimidade de seu poder administrativo, além de negligenciar potencial mecanismo de eficácia da satisfação das finalidades públicas.

2.3.2 Participação deliberativa: *tomada de decisão administrativa por acordos*

Por se formalizar em acordos com os particulares, a consensualidade na Administração Pública remete imediatamente ao tema da participação administrativa. De fato, a participação administrativa consiste em um dos pressupostos mais evidentes da atuação administrativa concertada, na medida em que a celebração dos acordos se procede pelo acordo de vontades após negociação de prerrogativas públicas entre Administração e administrado, para compor o ato consensual terminativo ou integrativo do processo administrativo.⁶⁶

65. A fungibilidade entre a atuação administrativa típica e mecanismos consensuais se procede nos termos da legalidade. Cf. item 4.2.

66. Segundo Odete Medauar, "a participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da dis-

O significativo interesse pelo estudo do entrosamento do administrado no exercício das funções administrativas parece decorrer diretamente do exposto dado prático de crescente aproximação dos cidadãos à máquina pública, embora a categoria de pessoas com voz ativa e a qualidade das participações ainda sejam questionáveis.

Os estudos nacionais sobre a participação administrativa voltam-se basicamente ao reconhecimento dos *fatores* que determinam uma Administração participativa e, nessa linha, também se propõem a catalogar os *canais de participação* hoje existentes. Ademais, é de se apontar a especificação da expressão “participação administrativa” para “participação popular”⁶⁷ ou “participação social”⁶⁸ quando diante das novas técnicas de participação do administrado na Administração Pública que não a prestação de serviços públicos e sociais.

Dentre os fatores assinalados para afirmação do tema da participação administrativa destaca-se o *elemento democrático* na doutrina administrativista. A crise da legitimação do poder pela democracia representativa enseja a ascensão da democracia participativa, na qual os indivíduos participam na definição de políticas pelo Poder Público e, assim, tomam posicionamento ativo no governo estatal.⁶⁹ Ademais, o atual estágio da cidadania, marcado pela demanda dos cidadãos em participar da esfera estatal, corroboraria a sedimentação da democracia participativa, com impacto direto na abertura da Administração Pública à participação popular.⁷⁰

criconariedade; *propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos*; liga-se também às práticas contratuais baseadas no *consenso*, na negociação, na conciliação de interesses” (*O Direito Administrativo em Evolução*, cit., 2ª ed., p. 230 – grifei).

67. Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Participação popular na Administração Pública”, *RDA* 191, Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/1993.

68. Cf. Rogério Gesta Leal, “Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão de interesses públicos no Brasil”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 13, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, março-maio/2008 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 10.1.2010).

69. Cf. Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, cit., p. 127.

70. Sobre o influxo da cidadania na participação administrativa, Gustavo Justino de Oliveira assim expõe: “Eis a figura do cidadão que manifesta a sua vontade em fazer parte de procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus, não somente de natureza individual, mas de ordem coletiva ou difusa” (“Participação administrativa”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 3/9,

Um exemplo dessa abordagem encontra-se no artigo “Participação popular na Administração Pública”, de autoria de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, recorrentemente citado nos estudos sobre a participação administrativa. A administrativista reparte três momentos da Administração Pública, de acordo com o tipo de Estado no qual se inserisse, para identificar as respectivas formas de participação administrativa. No Estado Liberal de Direito a participação do administrado na máquina pública se daria mediante contratos de delegação para prestação de serviços públicos; no Estado Social de Direito haveria a colaboração do ente privado com o Poder Público no desenvolvimento de atividades paraestatais (serviços sociais), enquanto a participação administrativa no Estado Democrático de Direito se manifestaria pela “atuação particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública”.⁷¹ Somente com a presença do componente democrático haveria, então, a participação mais efetiva do administrado – a *participação popular*⁷² –, ora de forma direta, com o exercício do direito de defesa e da enquête, ora de forma indireta, mediante a participação popular em órgãos de consulta ou de decisão, por meio do *ombudsman* ou, ainda, por via do Poder Judiciário.

No que tange aos *mecanismos de participação administrativa*, segundo enfoque dado pela doutrina de direito administrativo ao tema da participação administrativa, as *audiências públicas* e as *consultas públicas* são amplamente consideradas como instrumentos de participação popular. Recentes estudos procuram listar tais mecanismos a partir da interpretação de preceitos constitucionais⁷³ e de minucioso trabalho com diplomas normativos diversos. Paulo Modesto, por

Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, setembro-novembro/2005, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 10.1.2010).

71. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Participação popular na Administração Pública”, cit., *RDA* 191/32.

72. “A expressão ‘participação popular’ parece a mais oportuna, no momento presente, por ser inerente ao princípio democrático em que se inspira o Estado de Direito sob a fórmula adotada a partir do Preâmbulo da Constituição de 1988: Estado Democrático de Direito” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Participação popular na Administração Pública”, cit., *RDA* 191/26).

73. São preceitos constitucionais mencionados nos artigos consultados: “Preâmbulo”, art. 5º, XIV, XXXIII, XXXV, XXXIV, “a”, LIV, LV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII e LXXVII; art. 10; art. 37, § 3º; art. 58, II; art. 74, § 2º; art. 132; art. 198, III; art. 204, II; e art. 216, § 1º.

exemplo, aponta os seguintes instrumentos de participação popular: consulta pública, audiência pública, colegiados públicos, assessoria externa, denúncia pública, reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos, colaboração executiva, *ombudsman*, controle social mediante ações judiciais e fiscalização orgânica.⁷⁴

Conforme se verifica, trata-se de uma forma de abordar o tema da participação administrativa ditada pela novidade do assunto ao direito administrativo brasileiro: em um estágio inicial de tratamento de qualquer tema há um esforço de sistematização das causas que ensejaram seu surgimento, bem como da forma pela qual ele se exterioriza pela explicitação dos instrumentos jurídicos e da prática correlata. Tal esforço de sistematização se evidenciou, portanto, nos estudos do tema da participação administrativa no âmbito do direito administrativo brasileiro.

No caso específico da participação administrativa, outro aspecto determina a análise do tema pelos elementos fundamento/mecanismos, qual seja, a tentativa de afirmar o caráter participativo da Administração em oposição ao viés autoritário que marcou o estágio inicial de construção teórica do direito administrativo, estruturada e direcionada ao manejo do poder de autoridade estatal. Pela afirmação da democracia participativa e, principalmente, pela demonstração dos diversos canais de participação de que o administrado se pode valer para se aproximar do exercício das funções públicas pretende-se enfatizar o dever da Administração de se abrir à participação administrativa e, nessa medida, fomentar o exercício do direito participativo pelos administrados.

Este item do trabalho não dará conta da ampla discussão que se constrói na teoria do direito administrativo acerca dos fundamentos da participação administrativa e nem dos correspondentes mecanismos de aperfeiçoamento. A proposta do item é mais restrita, focada na relação entre *participação administrativa* e *consensualidade*, que concebe a participação do administrado na decisão administrativa, tradicionalmente compreendida como atividade unilateral da Administração Pública, como um pressuposto da atuação administrativa por meio de acordos.

74. Paulo Modesto, "Participação popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização", *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 2/7, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, abril-junho/2005 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 10.1.2010).

Como instrumento de participação administrativa, a prática da participação popular nos processos deliberativos da Administração Pública se reveste de determinadas características – por vezes lidas como problemas – que colocam em questionamento a funcionalidade originalmente concebida para o instituto. Primeiramente, inexistente previsão legal que obrigue a Administração Pública a abrir o processo à participação popular. Embora determinados setores regulamentem as situações em que as agências reguladoras devem realizar audiências e consultas públicas,⁷⁵ a regra é a discricionariedade para abertura do processo, conferindo a lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) critérios vagos para orientação da escolha, como os conceitos jurídicos indeterminados “interesse geral”,⁷⁶ “relevância da questão”⁷⁷ ou “matéria relevante”.⁷⁸ Ademais, se, por um lado, a participação popular envolve diversas categorias de interessados na decisão administrativa – como organizações não governamentais e associações representativas de interesses difusos –, por outro, é marcante o predomínio da participação de empresas diretamente interessadas na decisão. Outra característica da participação popular na Administração consiste na disponibilização de texto (normativo) já no formato de redação final, e não como um texto em construção, com preceitos normativos incompletos ou com duas ou mais redações para um mesmo preceito. Como resultado, a resistência à modificação do texto pela Administração Pública é maior, pois o texto em análise popular já fora objeto de debates e estudos anteriores, restringindo as altera-

75. São fartos no campo regulatório os exemplos de audiência e consulta pública. Mencionem-se, além das agências reguladoras, o art. 39 da Lei 8.666/1993 – que faculta a realização de audiência pública caso o valor estimado da licitação seja superior a cinco vezes o limite estabelecido no art. 23, I, “c” – e a Lei 11.079/2004, cujo art. 10, VI, condiciona a abertura da licitação para contratação de PPP à submissão do edital e da minuta do contrato a consulta pública.

76. Lei 9.784/1999, art. 31, *caput*: “Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada”.

77. Lei 9.784/1999, art. 32: “Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”.

78. Lei 9.784/1999, art. 33: “Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas”.

ções a aspectos pontuais do regulamento. Por fim, questiona-se a efetividade dos mecanismos de participação popular, especialmente a audiência pública.

Todas essas características indicam, além de pautas para futuras pesquisas empíricas, certa preocupação com a qualidade das contribuições dos administrados, que decorre da experiência com a prática dos mecanismos de participação. O atual estágio da participação administrativa é marcado pela demanda por uma participação popular efetiva, no sentido de que as contribuições apresentadas pelos administrados sejam efetivamente analisadas e consideradas pela Administração para formação do ato. Em outros termos: constata-se a demanda de que o administrado participe da construção da decisão administrativa final, especialmente nos casos em que ele detenha interesse imediato no conteúdo da mesma. Nesse contexto se insere a atual abertura do *momento deliberativo* à participação popular.

Este tipo de participação administrativa – a *participação deliberativa* – não se confunde com os mecanismos processuais de participação do administrado na tomada de decisão pela Administração,⁷⁹ a exemplo da audiência pública e da consulta pública, embora guarde relevantes semelhanças. Ambas as formas de participação se dão no âmbito do processo administrativo e tendem não apenas à legitimação do exercício do poder de autoridade estatal pela Administração, mas a fornecer subsídios fáticos e técnicos, como a demonstração dos interesses e preocupações das partes interessadas nos efeitos da decisão, que auxiliam na construção do amplo panorama no qual a decisão administrativa será tomada. Nessa medida, a decisão administrativa tende a ser mais efetiva se comparada com aquela tomada sem a participação popular em canais participativos promovidos durante o processo administrativo. Difere a participação deliberativa da meramente processual quanto ao momento de participação e ao administrado legitimado a intervir no processo (parte do processo administrativo),⁸⁰ pois corresponde à participação efetiva do administrado diretamente

79. Adota-se a classificação proposta por Gustavo Henrique Justino de Oliveira sobre os momentos da participação procedimental, quais sejam: a participação na fase instrutória, a participação na fase decisória e a participação na fase de execução e de implementação da decisão administrativa (“Participação administrativa”, cit., *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 3/16).

80. Cf. item 2.4.2.1.

interessado no conteúdo da decisão, que passa ser construída conjuntamente com a Administração Pública.

No caso das *parcerias público-privadas em sentido amplo*,⁸¹ as leis editadas posteriormente à Reforma do Estado se estruturaram em torno da compreensão do parceiro privado como um ente de ativa participação no delineamento da forma de prestação de serviços públicos e sociais. Basicamente, os parceiros privados nos contratos de PPP e nos contratos de gestão, por exemplo, modelam a forma de execução do objeto contratual de acordo com a *expertise* que possuem e o cenário no qual o serviço será prestado, mediante a definição dos projetos executivos e das correspondentes metas. A maior autonomia conferida pela legislação de PPP em sentido amplo relaciona-se à assunção de responsabilidades pelo parceiro privado antes restritas à Administração Pública, que implica o reconhecimento de sua efetiva participação na construção da decisão administrativa. Nessa medida, o tipo de controle é predominantemente por resultados.⁸²

Por essa razão, a contratualização não permite visualizar plenamente o atual estágio de participação na máquina pública. Ao invés da análise quantitativa dos contratos celebrados pela Administração Pública, importa também identificar o papel desempenhado pelo parceiro privado na determinação do modo de prestação do serviço público ou social, ou seja, da decisão administrativa. Na medida em que o contrato administrativo passa a ser mais valorizado que o edital, nota-se a passagem do administrado de mero fornecedor de bens e serviços ao Estado para o papel de parceiro privado com participação no ato decisório, pois a preferência contratual demonstra a descentralização da tomada de decisão administrativa.

Seguindo o contexto de aproximação do administrado na construção da decisão administrativa, também no âmbito do processo admi-

81. Carlos Ari Sundfeld, “Guia jurídico das parcerias público-privadas”, in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pp. 20 e ss. Segundo o autor, a noção abrange diversos esquemas contratuais delineados com a Reforma do Estado nos anos 1990, como aqueles previstos na Lei 8.987/1995 (lei de concessões), na Lei 9.637/1998 (leis das organizações sociais/OS), na Lei 9.790/1999 (lei das organizações das sociedades civis de interesse público/OSCIPs) e legislação setorial.

82. Cf. Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômico-Jurídicos*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 35.

nistrativo deliberativo, quer seja contencioso, quer seja gracioso, se verificou sua abertura ao administrado parte do processo, diretamente interessado no conteúdo da decisão administrativa.

A atuação administrativa típica, identificada pela formalização em atos administrativos imperativos e unilaterais, é relativizada pela participação popular no momento deliberativo, que confere ao administrado a possibilidade de construir conjuntamente com a Administração Pública o ato final cujo conteúdo lhe interessa imediatamente. Isso significa dizer que o administrado participa na tomada de decisão administrativa, transacionando o conteúdo do ato, então *bilateral*. Para tanto, verifica-se a *negociação* do exercício da função administrativa: em uma dinâmica dialética, Administração e administrado apresentam proposta(s) e/ou contraproposta(s) de ato administrativo, com deliberação acerca dos elementos objeto, motivação e forma do ato para satisfação das finalidades públicas. O ato bilateral resulta do acordo travado entre Administração e administrado após a negociação do respectivo conteúdo.⁸³

Fica claro, portanto, o intrínseco relacionamento entre participação administrativa e consensualidade, razão que explica o recorrente tratamento do tema da consensualidade no contexto da participação administrativa. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, considera a participação como o ponto de convergência entre a abertura do processo administrativo e o desenvolvimento de instrumentos de atuação consensual.⁸⁴ Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, apresenta a audiência e a consulta pública, ambos mecanismos de participação administrativa, como efetivos instrumentos consensuais.⁸⁵ Os mencionados exemplos demonstram a aproximação teórica entre a participação do administrado na Administração Pública e a ação administrativa pela via dos acordos, que se deve tanto a um motivo pragmático – a participação é um pressuposto da atuação consensual – quanto a outro teórico, pois ambas as manifestações terminam por mitigar a expressão autoritária da Administração.⁸⁶

83. Sobre a dinâmica de negociação da prerrogativa imperativa, cf. item 4.3.

84. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Audiências públicas”, *RDA* 210/254, Rio de Janeiro, Renovar, outubro-dezembro/1997.

85. Cf.: Lúcia Valle Figueiredo, “Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade”, *RDA* 230/383 e ss., Rio de Janeiro, Renovar, outubro-dezembro/2002; Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, cit., 2ª ed., p. 230.

86. Segundo Caio Tácito, “o direito administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários

Como consequência, a noção de participação impacta diretamente no conceito de consensualidade que se adota: enquanto alguns autores consideram a consensualidade como expressão da participação popular,⁸⁷ outros apartam os institutos. Para esta vertente doutrinária a consensualidade consiste em categoria autônoma à participação, que consistiria somente em um pressuposto da ação administrativa consensual.⁸⁸

2.3.3 A atuação administrativa consensual como mecanismo de governança pública

O tema da governança pública desponta hoje como um dos principais pontos de reflexão teórica no direito administrativo global, que se coloca tanto nos sistemas tradicionalmente filiados ao *Civil Law*, então sobre a designação de “consensualidade” – a exemplo do direito administrativo italiano ou do espanhol –, quanto naqueles originalmente orientados ao *Common Law*, em especial o direito administrativo norte-americano. Além de corroborar o cenário de confluência entre ambos os sistemas jurídicos, a preocupação comum com a forma de exercício da autoridade estatal remonta à própria essência do direito administrativo, que detém como uma das missões fundantes – se não a função primeira – a legitimação do emprego do poder administrativo pela Administração sobre os administrados.

Embora se reconheça a mesma preocupação para com o exercício da autoridade pela Administração Pública, é necessário indicar as diferentes abordagens de estudo ditadas em ambos os sistemas jurídicos sobre a atuação administrativa concertada. Sem importar a defesa de uma nítida fronteira entre *Civil Law* e *Common Law*, é de se notar que a maioria dos textos acadêmicos italianos e espanhóis busca analisar estruturalmente o ato administrativo consensual pela descrição de sua

finalis quanto à formação da conduta administrativa” (“Direito administrativo participativo”, *RDA* 242/134, Rio de Janeiro, Renovar, outubro-dezembro/2005).

87. Cf. Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, cit., pp. 179-180.

88. “De outro lado, na esfera administrativa o consenso entre Administração Pública, cidadãos e sociedade civil – ou ao menos as decisões administrativas previamente negociadas – resulta do exercício do direito de participação na Administração Pública” (Gustavo Henrique Justino de Oliveira, “Participação administrativa”, cit., *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 3/5).

natureza jurídica, elementos necessários à celebração, formalização, tipos de instrumentos consensuais, formas de controle e invalidação. O direito administrativo norte-americano, porém, tende a trabalhar uma abordagem mais próxima à perspectiva pragmática, ao enaltecer os efeitos da governança na qualidade de mecanismo de gestão alternativo ao esquema comum hierarquizado de atuação administrativa.⁸⁹

A compreensão da inserção da governança pública como pauta da discussão teórica no direito administrativo passa pela contextualização desta no momento de questionamento da tradicional forma de desenvolvimento das atividades administrativas. De certa forma, os debates resultaram da sensibilização dos teóricos com o plano operacional da Administração Pública, repleto de situações de ineficiência da atuação administrativa, recolhidas principalmente nas searas ambiental e do sistema de saúde. Segundo esses autores, impasses burocráticos empiricamente demonstrados,⁹⁰ como a demora, o custo relacionado e a insuficiente qualidade da função pública exercida por meio de atos imperativos, apontam para o esgotamento do modelo de atuação administrativa imperativa e a necessidade de serem implementadas válvulas de escape hábeis a transpor as disfuncionalidades da atuação administrativa lastreada na autoridade estatal. Nesse cenário, a governança é indicada como método colaborativo potencialmente capaz de sanear as falibilidades da atuação administrativa típica.⁹¹

89. Se prevalecem análises diretamente conectadas às leis de processo administrativo nos textos italianos e espanhóis consultados, as quais preveem permissivo genérico para adoção de esquemas concertados pela Administração Pública, em especial aspectos estruturais e processuais do ato consensual, o plano de estudo constatado no material consultado referente ao direito administrativo norte-americano mostra-se mais teórico e menos normativo, mesmo havendo o *Rulemaking Act* de 1990, lei de disciplina geral dos acordos normativos (*regulatory-negotiation* ou *reg-neg*).

90. "Regulatory deficiencies are understood to include rigidity, monetary waste, a tendency to uniformity, and the suppression of innovation" (Orly Lobel, "The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought", *Minnesota Law Review* 89/444, 2004-2005, disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009). Sobre pesquisas empíricas envolvendo regulação e governança, cf. Orly Lobel, ob. cit., nota 557.

91. Conforme Jody Freeman, "collaborative governance seeks to respond to the litany of criticisms about the quality, implementability, and legitimacy of rule making by reorienting the regulatory enterprise around joint problem solving and away from controlling discretion" ("Collaborative governance in the Administrative State", *Uni-*

Para ilustrar a forte imbricação entre teoria e prática na governança, mencione-se o primeiro artigo que descreveu o modelo de *reg-neg*, de autoria de Philip Harter, com o sugestivo título "Negotiating regulations: a cure for malaise" ("Negociando regulação: uma cura para a moléstia"⁹²). Com o propósito de superar a rigidez do processo administrativo normativo, que impediria provimentos administrativos mais céleres e eficientes, o autor sugere a negociação direta da Administração com as pessoas diretamente interessadas na regulação. Por meio dessa medida, que inaugura o *reg-neg* no direito administrativo, o administrado participa ativamente do desenho da decisão administrativa e, em razão de sua proximidade com a autoridade reguladora, pode contribuir significativamente para a delimitação do conteúdo da regulação com menores custos ao regulador.⁹³

A crítica de Philip Harter ao processo normativo pode ser tomada como representativa de um quadro crítico generalizado do direito administrativo, envolvendo o processo administrativo como um todo, considerado rígido, custoso, demorado e pouco eficiente ("system ossified"⁹⁴). Orly Lobel sintetiza as deficiências práticas da regulação apontadas nos estudos empíricos envolvendo a governança: rigidez, altos gastos monetários, uniformidade e supressão de processos ou decisões inovadoras.⁹⁵

versity of California Law Review 45/22, disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).

92. Cf. Jody Freeman, "Collaborative governance in the Administrative State", cit., *University of California Law Review* 45/8-9.

93. "Negotiating has many advantages over the adversarial process. The parties participate directly and immediately in the decision. They share in its development and concur with it, rather than 'participate' by submitting information that the decision maker considers in reaching the decision. Frequently, those who participate in the negotiation are closer to the ultimate decision making authority of the interest in an adversarial proceeding. Thus, participants in negotiations can make substantive decisions, rather than acting as experts in the decision making process. In addition, negotiation can be a less expensive means of decision making because it reduces the need to engage in defensive research in anticipation of arguments made by adversaries" (Philip Harter, "Negotiating regulations: a cure for malaise", *Georgetown Law Journal* 71/28, 1982-1983, disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).

94. Philip Harter, "Negotiating regulations: a cure for malaise", cit., *Georgetown Law Journal* 71/32.

95. Orly Lobel, "The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought", cit., *Minnesota Law Review* 89/444.

Outro dado de compreensão do contexto de discussão teórica da governança corresponde a seu campo de análise, restrito à regulação procedida pelas agências reguladoras. A delimitação ao cenário regulatório acompanha o modelo institucional de Administração Pública composto pelos referidos entes administrativos independentes, dotados de especialidade e poderes para o exercício de suas competências regulatórias. Por essa razão, o debate travado no direito administrativo norte-americano centra-se na dualidade regulação/governança para satisfação das competências administrativas que as agências reguladoras têm por dever prestar.⁹⁶ A governança seria, portanto, método de desenvolvimento das atividades estatais hábil a superar as disfuncionalidades que se verificam na tradicional forma de regular.

No direito administrativo norte-americano, onde o estudo sobre governança pública, notadamente capitaneado pelas Escolas de Harvard e Stanford,⁹⁷ ganha cada vez maior projeção, remonta-se ao *New Deal* para delimitar o modelo de atuação administrativa imperativa, paradigma de análise da governança. Dentre as transformações do Estado ensejadas pela crise econômica de 1929 destaca-se a alteração do papel estatal de garantidor de contratos e da propriedade privada para agente desenvolvimentista, com atribuições de formular políticas públicas e controlar de forma mais ativa o desenvolvimento das atividades privadas. Para tanto, também nesse momento foi proposto o modelo de regulação então reputado adequado para que o Estado regulador conseguisse satisfazer suas funcionalidades através das agências reguladoras.

No modelo de agências reguladoras determinado pelo *New Deal* a regulação seria caracterizada pela centralização do polo deliberativo na Administração Pública, pela imposição verticalizada das decisões tomadas pelos reguladores aos regulados (“top-down regulation”⁹⁸) e

96. Importa notar que a tradicional forma de cumprimento das competências administrativas pelas agências reguladoras é denominada “regulação” ou, simplesmente, *law*, em contraposição ao segundo modelo em discussão, correspondente à governança. No caso concreto, o Poder Público possui à sua disposição ambos os modelos de gestão pública para desenvolvimento de suas atividades estatais.

97. Jason Solomon, “Law and governance in the 21st century Regulatory State”, *University of Georgia School of Law Research Paper Series 8/820*, 2008 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).

98. Segundo Orly Lobel, “over a half-century ago, the New Deal signified a paradigm shift in the American polity. Under the mandate of relief, recovery, and

pelo reconhecimento do regulado como um adversário. Esta última característica é o principal alvo de críticas dos autores favoráveis à governança,⁹⁹ porquanto decorrente de uma visão cultural da relação administrativa travada com o administrado que funda todo o modelo de regulação, inclusive seus outros elementos. Em decorrência da postura adversária (“adversarial posture”) de que a Administração Pública se reveste, predominam como conteúdo dos atos regulatórios o comando hierarquizado das agências reguladoras e o controle por elas exercido sobre as atividades privadas dos administrados (“command-control”).

Trata-se do paradigma de exercício das competências administrativas prevalecente no direito administrativo, que passa a ser objeto de intenso questionamento quando contrastado com o modelo de regulação ditado pela governança: flexível, colaborativo e orientado para o solucionamento de problemas, razão pela qual “formas criativas” de regulação prevalecem sobre o formalismo.¹⁰⁰

A governança no direito administrativo resulta dos trabalhos teóricos de diversas correntes de pensamento legal convergentes no que Lobel denominou de *Renew Deal School*, das quais se destacam o direito reflexivo, a *soft law* e a governança colaborativa.¹⁰¹ Em co-

reform, the modern regulatory administrative State was created. In the context of World War and economic depression, law was conceptualized as national, top-down and sanctioned” (“The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought”, cit., *Minnesota Law Review* 89/344).

99. Cf. Jody Freeman, “Collaborative governance in the Administrative State”, cit., *University of California Law Review* 45/15.

100. Segundo Jacques Chevallier, “a governança é sustentada por uma lógica diferente daquela que governa o Direito: enquanto que este último se exprime no imperativo, sob a forma de comandos obrigatórios provenientes de uma autoridade investida do poder de decisão e segundo as regras fixadas para sua elaboração, a governança provém de uma abordagem pluralista e interativa da ação coletiva. Trata-se de obter, pela virtude da troca, compromissos aceitáveis, levando em consideração a complexidade dos problemas e a existência de poderes múltiplos. A governança implica, ao mesmo tempo, a ampliação do círculo dos atores associados aos procedimentos decisórios e a procura sistemática de soluções de ‘tipo consensual’” (“A governança e o Direito”, *RDPE* 12/131, Belo Horizonte, Fórum, outubro-dezembro/2005).

101. Orly Lobel, “The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought”, cit., *Minnesota Law Review* 89/345. Segundo o autor, “this article demonstrates how the governance model emerges from a myriad of recent scholar theories including the following: ‘reflexive law’, ‘soft law’, ‘collaborative governance’, ‘democratic experimentalism’, ‘responsive regulation’, ‘outsourcing

num, estas teorias fundamentam um modelo de atuação administrativa híbrido, em que Administração Pública e administrados compõem consensualmente a decisão administrativa, ou aspectos dessa decisão, a partir da concepção da relatividade do formalismo jurídico e da necessidade de conferir flexibilidade aos institutos jurídicos, então instrumentos voltados à satisfação de específicas finalidades, para melhor acomodação conforme as especificidades do caso concreto.

Enquanto construção eminentemente teórica com incipientes aplicações práticas, a governança não possui uma “receita”, um conjunto uníssono de elementos que, uma vez verificados, determinaram o recurso à governança pela Administração Pública para desenvolvimento de suas competências administrativas. A caracterização da governança varia conforme o texto acadêmico em que o instituto é trabalhado, cuja tônica recai sobre um ou outro elemento, de acordo com a postura teórica do seu respectivo autor e as preocupações que o motivam a analisar formas alternativas de atuação administrativa. De fato, a investida pela busca do critério de reconhecimento da governança é fadada ao fracasso ante a crescente especialização do direito administrativo, da qual decore a proliferação de subsistemas com regimes e finalidades específicos.

Pela leitura dos estudos na pauta das discussões sobre o modelo de governança, no entanto, é possível depreender certos elementos comuns aos quais seus autores se reportam como definidores da governança no âmbito do direito administrativo. Sem a pretensão de esgotar tais elementos, e nem ao menos apresentar “uma definição” sobre governança, este item passa a descrevê-los, objetivando expor os fatores que suscitam a reflexão sobre mecanismos potencialmente mais eficazes de promoção das finalidades públicas. Para tanto, parte-se do conceito de governança formulado por Jody Freeman para fins de harmonização do raciocínio, deveras representativo do enten-

regulation’, ‘reconstitutive law’, ‘post-regulatory law’, ‘revitalizing regulation’, ‘regulatory pluralism’, ‘decentering regulation’, ‘mate-regulation’, ‘contractarian law’, ‘communicative governance’, ‘negotiated governance’, ‘destabilization rights’, ‘cooperative implementation’, ‘interactive compliance’, ‘public laboratories’, ‘deepened democracy and empowered participatory governance’, ‘pragmatic lawyering’, ‘nonrival partnership’, and ‘a daring legal system’. It argues that these subsets of ideas should be understood together as generating a powerful vision within legal thought about the need for renewal through a shift to the governance paradigm” (ob. cit., pp. 345-347).

dimento de governança no meio acadêmico do direito administrativo norte-americano:

Em contraste com os apresentados modelos hierárquicos do direito administrativo, eu concebo *governança* como um conjunto de relacionamentos negociados. Esta alternativa concepção de laboração de políticas, implementação e *enforcement* é dinâmica, não hierarquizada e descentralizada, objetivando se promover entre atores públicos e privados.¹⁰²

O primeiro dos elementos apontados pelos administrativistas como definidores da governança pública consiste na *interdependência público-privada*,¹⁰³ que tem por pressuposto a guinada na concepção do administrado no desenvolvimento das funções públicas. De uma posição de adversário, o administrado passa a ser considerado cada vez mais como personagem necessário para a adequada prestação da utilidade pública, seja no momento da formação da decisão administrativa, quando entram em cena mecanismos de participação administrativa no processo normativo ou deliberativo, seja no momento de implementação dessa decisão, com a celebração de contratos de parcerias público-privadas em sentido amplo. O ponto está em considerar o administrado não como um *adversário* da Administração Pública, que enseja vínculos administrativos verticalizados e relações contratuais sinalagmáticas, mas, sim, como seu *colaborador*.

102. Esta é a passagem original: “In contrast to those presenting hierarchical models of administrative law, I conceive *governance* as a set of negotiated relationships. This alternative conception of policy making, implementation, and enforcement is dynamic, nonhierarchical, and decentralized, envisioning give and take among public and private actors” (Jody Freeman, “The private role in public governance”, *New York University Law Review* 75/571, 2000, disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009). Conforme se verifica, governança não se confunde com governabilidade. Como modelo de atuação administrativa, a governança corresponde a uma forma negociada de atividade administrativa cujos potenciais efeitos positivos são hábeis a superar impasses burocráticos, como custos e tempo de tramitação do processo, e, assim, propiciar a governabilidade. Em síntese, governança e governabilidade encerram, respectivamente, uma relação de causa e efeito, pois é a efetividade da ação pública uma possível decorrência do emprego de técnicas negociadas na gestão pública.

103. Jody Freeman, “Collaborative governance in the Administrative State”, cit., *University of California Law Review* 45/548 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).

A orientação de interdependência público-privada propulsiona a ruptura do antagonismo entre Poder Público e cidadão, formalizado nas relações administrativas bipolarizadas entre Administração-autoridade, com suas prerrogativas exorbitantes, e administrado-liberdade, munido de direitos (constitucionais, legais e regulamentares) oponíveis à Administração Pública. Compreender o administrado como efetivo colaborador do Poder Público na gestão pública significa atribuir-lhe papel mais ativo na atuação administrativa, em todo o seu procedimento, e não mais meramente sujeito passivo do ato imperativo e unilateral. Dessa forma, a clássica dicotomia autoridade/liberdade, que classicamente determinou a construção do regime jurídico-administrativo em prerrogativas e sujeições, é relativizada, para que o direito administrativo contenha também normas voltadas à facilitação e ao controle da negociação entre Administração Pública e administrado.¹⁰⁴

A mudança da forma de relacionamento da Administração com o administrado, de adversária para colaborativa, termina por atribuir (ou reforçar) uma funcionalidade estranha à tradicional construção teórica deste ramo do Direito, correspondente à disciplina dos processos de negociação público-privada.

Em parte decorrente dessa percepção colaborativa do administrado, que enseja relacionamentos paritários e negociais com a Administração, em parte por uma necessidade meramente prática de novas técnicas de gestão pública hábeis a determinar soluções mais adequadas ao caso concreto, a *flexibilização do formalismo* é apontada como elemento da governança pública. Essa nota se relaciona diretamente a outros três elementos da governança: (i) especialização do direito administrativo em subsistemas, (ii) foco no problema concreto e (iii) preocupação com os efeitos gerados pela decisão administrativa.

A *especialização* do direito administrativo em subsistemas com regime e finalidades próprios resulta do engajamento do Estado em uma pluralidade de complexas atividades como regulador ou provedor de utilidades públicas, que por vezes envolvem aspectos técnicos. É de se notar a limitação da unidade do direito administrativo, de forma que normas setoriais podem estabelecer disciplina jurídica mais consentânea às finalidades específicas que cada subsistema deve pro-

104. Cf. Orly Lobel, "The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought", cit., *Minnesota Law Review* 89/377.

mover, assim como às particularidades e problemas próprios da matéria envolvida no setor.¹⁰⁵ Ademais, mencione-se a crescente funcionalidade dos contratos administrativos em regrar pormenorizadamente os elementos da relação jurídico-administrativa firmada entre Administração e administrado, como o exercício da prerrogativa sancionatória e a fixação das infrações administrativas atreladas ao desenvolvimento do objeto contratual. Segundo essa perspectiva de análise, regras e institutos administrativos adquirem cada vez maior especialização nas esferas regulamentar e contratual, para uma disciplina mais atenta às especificidades concretas, com impacto direto na cultura legal do *one-size-fits-all*.¹⁰⁶ processos administrativos, formas de controle, sistema de responsabilização administrativa e procedimentos licitatórios podem receber tratamento significativamente diferenciado de ente para ente administrativo.

A proposta da governança é construir soluções concretas aos problemas colocados à Administração Pública no desenvolvimento de suas competências ("problem-solving orientation"¹⁰⁷). Seu método de trabalho é mais concreto e atento às particularidades da situação fática, com ampla contextualização do panorama no qual o problema se apresenta: identificação dos atores governamentais e não governa-

105. Os setores ambiental e de telecomunicações são exemplos elucidativos do exposto.

106. Se a cultura legal do *one-size-fits-all* já encontrava resistência no âmbito do direito administrativo, que há tempos considera a seara regulamentar, a governança chama a atenção para a preferência dos regulamentos e dos contratos administrativos às leis com grandes categorias abertas ou com um determinado modelo inadequado à prática de determinado setor. Constata-se, nesse ponto, o questionamento ao regime jurídico único, que tradicionalmente é sustentado como o mecanismo de disciplina da Administração Pública, e, como decorrência, das diversas atividades administrativas que o Poder Público tem por dever desenvolver. Reconhecidos os institutos e as normas de direito administrativo como efetivos instrumentos, a governança propugna a elaboração de normas que atendam às necessidades e características particulares do setor e o desenho de institutos também específicos, que permitam contornar os impasses que se colocam em cada setor – o que se compatibiliza com o atual debate em torno da teoria da legalidade. Sobre os debates teóricos da legalidade em relação à consensualidade, cf. item 4.2. Para a demonstração da necessidade de instrumentos jurídicos pormenorizados no desenvolvimento da atividade administrativa, cf. Orly Lobel, "The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought", cit., *Minnesota Law Review* 89/379 e ss.

107. Jody Freeman, "Collaborative governance in the Administrative State", cit., *University of California Law Review* 45/22.

mentais envolvidos, reconhecimento dos interesses, peculiaridades decorrentes da matéria e detalhes que importem para a decisão administrativa final. Assim, ao contrário de propor modelos teóricos abstratos, a governança parte de um problema específico para criar soluções inovadoras, aprimorar a estrutura ou a funcionalidade de determinado instituto jurídico-administrativo ou, ainda, entender pela inaplicabilidade prática de um comando legal – o que, por óbvio, não importa sua invalidação.

Os *efeitos* da decisão administrativa importam para a governança. Essa assertiva permite reconhecer que a governança não corresponde exatamente a um meio de tomada de decisões administrativas, mas vai além, para abranger os resultados da implementação do ato, acordo ou contrato. Trata-se, portanto, de mecanismo de avaliação *ex ante* e *ex post* da decisão administrativa, a qual não se resume ao momento final do processo administrativo (ato administrativo *spot*), mas se prolonga até a execução. Por essa razão, os provimentos administrativos tomados ao fim do processo são meras *decisões provisionais*,¹⁰⁸ passíveis de adequação do seu conteúdo no decorrer da execução. No exemplo da consensualidade, a negociação da prerrogativa imperativa não cessa quando da celebração dos acordos administrativos, na medida em que o trato é contínuo.

Dessa forma, a especialização do direito administrativo em subsistemas, a orientação metodológica do processo de tomada de decisão sobre o problema concreto e a atenção aos efeitos decorrentes do provimento final levam, segundo os teóricos da governança pública, à flexibilização do formalismo.

Respostas com contornos peculiares em atenção às peculiaridades do setor ao qual esteja contextualizada e, principalmente, ao tipo de problema passam a ser preferidas às decisões rígidas e formais, uniformes para todos os subsistemas de direito administrativo. Tal preferência parte do pressuposto de que a *flexibilidade* propicia maior *adaptabilidade* da decisão às peculiaridades da situação concreta, isto é, às particularidades do cenário no qual se apresente e ao problema que busca solucionar. Provimentos desse jaez têm o potencial de serem mais efetivos diante do fato de que existe forte demanda por

108. Idem, *ibidem*.

técnicas de gestão pública “criativas”, pois a flexibilização do formalismo permite modelar seus termos em conformidade com as necessidades concretas. Nessa medida, o ato administrativo típico da regulação dá lugar à *atipicidade* na governança.

Os elementos caracterizadores da governança surgem, portanto, como respostas às disfuncionalidades da regulação praticada pelas agências reguladoras do tipo *command-control* e *top-down*. Paralelamente à questão da legitimação do poder de autoridade do Estado, é perceptível a grande preocupação dos teóricos da governança com a efetividade dos provimentos administrativos, o que repercute diretamente sobre a forma de desenvolvimento das competências administrativas, em todas as suas etapas. Por essa razão, a governança se apresenta nas atividades administrativas de ordenação, implementação da decisão administrativa e *enforcement*.¹⁰⁹ O delineamento do modelo de governança para satisfação das competências cometidas à Administração Pública motivado pela preocupação prática de superação das disfuncionalidades da regulação clássica é, portanto, a principal característica da governança.

Os acordos administrativos se apresentam como o meio de formalização da governança. Para Jacques Chevallier:

A contratualização constitui um instrumento privilegiado de formalização da governança. Com efeito, ela traduz juridicamente a abordagem contratualista e consensual da ação pública – que figura entre os fundamentos da governança. A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o acordo de vontades.¹¹⁰

Embora Orly Lobel chegue a defender a preferência da governança à regulação no atual panorama do direito administrativo,¹¹¹ Davi

109. Apesar de a governança poder se apresentar em todas as vertentes da atuação administrativa – ordenação, decisão e *enforcement* –, menciona-se que os debates teóricos se concentram no processo administrativo normativo (*rulemaking*), de forma que a atuação administrativa consensual por vezes se limita a indicar a elaboração consensual de normas.

110. Jacques Chevallier, “A governança e o Direito”, cit., *RDPE* 12/139.

111. Orly Lobel, “The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought”, cit., *Minnesota Law Review* 89/393 e ss.

Trubek e Louise Trubek salientam que a afirmação da governança na teoria do Direito não importa a superação da regulação. Os teóricos identificam situações em que governança e as tradicionais técnicas administrativas operam na mesma função pública – situações, essas, por eles designadas como “coexistência”, que podem determinar as seguintes formas de relacionamento entre ambas as formas mencionadas: (i) *complementariedade*, (ii) *rivalidade* ou (iii) *de transformação*.¹¹² Governança e regulação serão complementares quando ambas se voltarem à satisfação de um objetivo comum; serão rivais se a adoção de um meio automaticamente excluir o outro; por fim, serão de transformação se houver a fusão entre elas, para determinar um terceiro tipo híbrido.¹¹³

A atividade sancionatória do Estado consiste no exemplo mais emblemático de aplicação da governança no *enforcement* da decisão administrativa. De uma forma geral, há baixo cumprimento dos provimentos administrativos, mesmo existindo previsões de significativas sanções administrativas pelo descumprimento. Ocorre que mesmo as sanções padecem de baixa exequibilidade. Dentro dessa perspectiva pragmática, decisões menos coercitivas, ainda que sancionatórias, tendem a ser mais exequíveis, e seu processo de aplicação mais flexível.¹¹⁴

2.4 Viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar

A pergunta estruturante da atuação administrativa consensual pode assim ser formulada: *a Administração Pública pode transacionar?* Esta indagação propõe a investigação da viabilidade jurídica de a Administração Pública celebrar acordos administrativos para satisfazer as finalidades públicas em detrimento da atuação calcada

112. David Trubek e Louise Trubek, “New governance & legal regulation: complementarity, rivalry, and transformation”, *University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series* 1.047/5, 2007 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).

113. Idem, pp. 5-6.

114. “Less coercive sanctions can promote flexibility in implementation and compliance. (...) This aspect of soft law has been described in the context of the increasing adoption of reporting requirements rather than the imposition of penalties as structured but unsanctioned” (Orly Lobel, “The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought”, cit., *Minnesota Law Review* 89/391).

na autoridade estatal, formalizada em atos administrativos imperativos e unilaterais.

O presente item volta-se à análise da viabilidade jurídica de a Administração transacionar, com enfoque nos acordos administrativos celebrados com o administrado diretamente interessado no âmbito do processo administrativo (acordos integrativos e substitutivos), dado o escopo deste trabalho, de analisar a atuação administrativa consensual.

Conforme analisado no primeiro capítulo deste trabalho, o direito administrativo é compreendido como um ramo do Direito notadamente exorbitante, composto por normas derogatórias do direito comum que dispõem sobre institutos administrativos próprios, sujeições e prerrogativas públicas. Tal assertiva é tomada, via de regra, como pressuposto pelas doutrinas nacionais de direito administrativo. No que tange especificamente às prerrogativas públicas, aparenta ser praticamente inata a existência de poderes especiais deferidos à Administração Pública. Todavia, depreende-se considerável esforço legitimador das prerrogativas públicas pelos administrativistas brasileiros, por meio da identificação das funcionalidades que as mesmas assumem na ciência do direito administrativo.

Resumidamente, como visto anteriormente, as funcionalidades das prerrogativas públicas salientadas nas doutrinas brasileiras de direito administrativo podem ser categorizadas em três assertivas: (i) as prerrogativas públicas existem para tutelar o interesse público; (ii) as prerrogativas públicas existem para afirmar o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; e (iii) as prerrogativas públicas existem para melhor consecução da finalidade pública.

Reservada a última afirmativa, que se relaciona intrinsecamente à instrumentalidade das prerrogativas públicas, as duas primeiras dão ensejo aos dois principais argumentos de resistência à celebração de acordos administrativos, quais sejam: a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Em termos práticos, as prerrogativas públicas – prerrogativa imperativa ou qualquer outra prerrogativa específica, a exemplo da prerrogativa sancionatória – não poderiam deixar de ser utilizadas, ressalvadas exceções pontuais, sob pena de se caracterizar afronta aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Notadamente por se tratar de tema incipiente no direito administrativo brasileiro, a consensualidade suscita diversas pautas de reflexão, como o critério de eficiência para celebração de acordos administrativos, o grau de vinculação dos acordos à juridicidade, a formalização e a tipicidade dos acordos – dentre outros. No caso brasileiro, porém, a principal pauta de debates acerca da viabilidade jurídica de a Administração Pública celebrar acordos administrativos em detrimento da atuação administrativa típica corresponde à compatibilidade da consensualidade com os princípios da *indisponibilidade do interesse público* e da *supremacia do interesse público sobre o privado*.

Isso se deve, fundamentalmente, ao fato de a tradição do direito administrativo se encontrar estruturada sobre determinados lugares-comuns a partir dos quais se processa a construção teórica do direito administrativo. Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público correspondem a estes lugares-comuns do direito administrativo brasileiro, tomados quase como verdade absoluta em sua recente tradição, a partir dos quais se erige a teoria deste ramo do Direito e, assim, são delineados os institutos de direito administrativo, bem como a funcionalidade que os mesmos desempenham no sistema.

Eis o contexto em que a consensualidade hoje se coloca: prevalência da atuação administrativa integrada ao exercício da imperatividade e existência de argumentos de resistência ao emprego de instrumentos consensuais para satisfação das competências administrativas.

Dada a relativa abertura à consensualidade, a proposta é colocar em questionamento a assertiva de que as atividades administrativas devem prioritariamente se valer das prerrogativas públicas.¹¹⁵ Nesse ponto, coloca-se a questão de fundo do presente trabalho: *há necessária relação entre prerrogativas públicas e atuação administrativa?*

O item parte do contato direto com o caso da arbitragem, no qual houve intenso debate sobre a viabilidade jurídica de a Administração Pública se submeter ao juízo arbitral, inclusive com a presença de argumentos de resistência fundados nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. A reconstrução desse debate

115. Ressalte-se que a disponibilidade das prerrogativas públicas é relativamente assente na doutrina brasileira de direito administrativo (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., 22ª ed., pp. 60 e ss.). O que se questiona com maior profundidade é o estreito relacionamento entre o Poder Público e as atividades administrativas.

travado no âmbito do Tribunal de Contas da União/TCU – um dos principais órgãos de controle externo da Administração, que detém, dentre outras competências, o dever de garantir a legalidade – elucida a discussão que se construiu no direito administrativo brasileiro a partir da década de 1990 sobre a projeção da atuação administrativa consensual. Dessa forma, embora a questão da viabilidade jurídica de a Administração transacionar tenha sido originalmente posta no tema da arbitragem, deve-se salientar que ela concerne aos instrumentos consensuais que vinculam a Administração Pública à decisão bilateral¹¹⁶ como um todo, pois concerne à forma negociada de satisfação das finalidades públicas. Na sequência procede-se à análise crítica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como preceitos oponíveis à atuação administrativa consensual, para, então, verificar a competência administrativa de transacionar.

2.4.1 O caso paradigmático da arbitragem

Considerada como acordo consensual em sentido amplo, a arbitragem é reconhecida como uma das principais exteriorizações da consensualidade na prática do direito administrativo. São diversas as disposições normativas prevendo a adoção da arbitragem pela Administração Pública para solução de seus conflitos, como no Decreto 7.783/2012¹¹⁷ e nas Leis 12.378/2010,¹¹⁸

116. Esse tipo de questionamento não se apresenta, portanto, nos casos de participação administrativa, dado que seus mecanismos – como as audiências e as consultas públicas – são meramente indicativos, sem gerar qualquer grau de vinculação da Administração ao conteúdo da decisão final unilateral.

117. Decreto 7.783/2012: “Art. 12. As controvérsias entre a União e a FIFA, Subsidiárias da FIFA no Brasil, seus representantes legais, empregados ou consultores poderão ser resolvidas, em sede administrativa, na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, órgão da estrutura da Advocacia-Geral da União, mediante procedimento conciliatório”.

118. Lei 12.278/2010, art. 3º, §§ 4º e 5º.

“§ 4º. Na hipótese de as normas do CAU/BR [*Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil*] sobre o campo de atuação de arquitetos e urbanistas contradizerem normas do Conselho profissional, a controvérsia será resolvida por meio de resolução conjunta de ambos os Conselhos.

“§ 5º. Enquanto não editada resolução conjunta de que trata o § 4º ou, em caso de impasse, até que seja resolvida a controvérsia, por arbitragem ou judicialmente, será aplicada a norma do Conselho que garanta ao profissional a maior margem de atuação.”

12.343/2010,¹¹⁹ 11.909/2009,¹²⁰ 11.668/2008,¹²¹ 11.442/2007,¹²²
11.079/2004,¹²³ 10.848/2004,¹²⁴ 10.438/2002,¹²⁵ 10.233/2001,¹²⁶

119. Anexo da Lei 12.343/2010, 1.9.7, que dispõe sobre diretrizes, estratégias e ações do Plano Nacional de Cultura: “Regular o funcionamento de uma instância administrativa especializada na mediação de conflitos e arbitragem no campo dos direitos autorais, com destaque para os problemas relacionados à gestão coletiva de direitos”.

120. Lei 11.909/2009 (dispõe sobre o transporte de gás natural):

“Art. 21. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...); XI – as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem; (...).

“Art. 24. A concessionária deverá: (...); III – submeter à aprovação da ANP a minuta de contrato-padrão a ser celebrado com os carregadores, que deverá conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996; (...).

“Art. 48. Os contratos de comercialização de gás natural deverão conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo, inclusive, prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

“Art. 49. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão ou autorização ficam autorizadas a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem a que se refere o art. 48 desta Lei.”

121. Lei 11.668/2008: “Art. 4º. São cláusulas essenciais do contrato de franquia postal, respeitadas as disposições desta Lei, as relativas: (...); XII – ao foro e aos métodos extrajudiciais de solução das divergências contratuais”.

122. Lei 11.442/2007 (dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas): “Art. 19. É facultado aos contratantes dirimir seus conflitos recorrendo à arbitragem”.

123. Lei 11.079/2004: “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...); III – o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em Língua Portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

124. Lei 10.848/2004 art. 4º, § 6º: “§ 6º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo”.

125. Lei 10.438/2002, art. 4º, §§ 5º e 8º:

“§ 5º. A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela ANEEL e observará as seguintes regras: (...) IV – a homologação da recomposição tarifária extraordinária será condicionada a pedido do interessado e à certeza, correção e consistência das informações a serem prestadas à ANEEL e por ela elencadas e verificadas, inclusive as relativas a eventuais reduções de custos durante o racionamento ou decorrentes de interperação, explicitação e revisão de estipulações contratuais, que serão objeto de declarações, compromissos, termos aditivos e transações entre as partes, em especial no que concerne à parcela das despesas de que cuida o

9.478/1999,¹²⁷ 8.987/1995,¹²⁸ além da própria Lei 9.307/1996, a lei da arbitragem.¹²⁹

art. 2º não alcançada por repasse aos consumidores e aos excedentes dos contratos iniciais e equivalentes, nos termos de resolução da ANEEL, observadas as diretrizes previstas no § 9º; V – para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da ANEEL, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela ANEEL: (...).

“§ 8º. Os contratos iniciais e equivalentes, assim reconhecidos em resolução da ANEEL, serão aditados para contemplar uma fórmula compulsória de solução de controvérsias, para que a ANEEL instaure *ex officio*, caso as partes não o façam em prazo determinado, os mecanismos de solução de controvérsias existentes, sem prejuízo da atuação subsidiária da ANEEL na arbitragem de controvérsias.”

126. Lei 10.233/2001:

“Art. 34-A. As concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infraestrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infraestrutura, terão caráter de exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência e no respectivo edital. [Incluído pela Medida Provisória 2.217-3, de 4.9.2001]

“Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: [Redação dada pela Lei 12.815/2013] (...) XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem; (...).

“Art. 38. As permissões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ aplicar-se-ão à prestação regular de serviços de transporte de passageiros que independam da exploração da infraestrutura utilizada e não tenham caráter de exclusividade ao longo das rotas percorridas, devendo também ser precedidas de licitação regida por regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência, e pelo respectivo edital.

“Art. 39. O contrato de permissão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: (...).

“§ 2º. O edital de licitação indicará obrigatoriamente: (...); XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem: (...).”

127. Lei 9.478/1999: “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...); X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional; (...).”

128. Lei 8.987/1995: “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em Língua Portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

129. Sobre o tema da arbitragem na Administração Pública, cf. Carlos Alberto Salles, *Arbitragem em Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

Em razão de vantagens como flexibilidade, tecnicidade e celeridade – largamente consideradas inerentes ao instituto da arbitragem –, este é, de longa data, relevante mecanismo de gestão pública, tendo a Administração colecionado relevante experiência no emprego do instituto para dirimir seus conflitos, notadamente aqueles que se relacionam à execução de contrato de concessão. Pesquisas apontam que as primeiras experiências relativas ao emprego da arbitragem pela Administração Pública remontam aos contratos de concessão de serviço público firmados entre empresas estrangeiras e o Governo Imperial, sob a égide do Código Comercial de 1850.¹³⁰

Segundo a redação original do Decreto-lei 2.300/1986, que disciplinou as licitações e contratos administrativos até a edição da Lei 8.666/1993, era expressamente vedado o emprego de juízo arbitral pela Administração Pública (art. 45, parágrafo único):

Parágrafo único. Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral.

130. Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 63. A autora relata que a arbitragem era disciplinada pelo Decreto 3.900/1867 e prevista como uma das cláusulas essenciais dos contratos de concessão pelo Decreto 7.959/1880, sob forte influência do modelo europeu – o que logicamente se explica em razão de as concessionárias do serviço público serem empresas europeias, já ambientadas com o instituto da arbitragem. Dentre as experiências da Administração Pública no uso da arbitragem relacionadas pela autora destacam-se os contratos de concessão da Estrada de Ferro Jundiaí-Campinas e da Estrada de Ferro Santos-Jundiaí (São Paulo Railway) e o contrato celebrado entre a Repartição Geral dos Telégrafos e a empresa *The Western Telegraph Co.* (ob. cit., pp. 64-66). Mais recentemente, a pesquisadora Suzana Domingues Medeiros aponta que o Decreto 15.783/1922, que regulamentou o Código de Contabilidade da União, previa, em seu art. 775, § 1º, como cláusula essencial dos contratos firmados pela Administração Federal com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Estrangeiro a declaração do foro nacional brasileiro como competente para dirimir controvérsias nesses contratos. Ainda, a Lei 5.662/1971, que transformou o Banco de Desenvolvimento Nacional em empresa pública, autorizou o ente administrativo a realizar operações bancárias no Exterior com vistas ao desenvolvimento nacional e, assim, acatar cláusulas usuais nos contratos internacionais. Por meio do Decreto-lei 1.312/1974 a autorização foi, então, estendida a toda a Administração Pública (Suzana Domingues Medeiros, “Arbitragem envolvendo o Estado no Direito Brasileiro”, *RDA* 233/75, Rio de Janeiro, Renovar, julho-setembro/2003).

Não tardou muito para que a vedação expressa ao emprego da arbitragem constante do parágrafo único do art. 45 do Decreto-lei 2.300/1986 fosse retirada do ordenamento jurídico. Assim se procedeu com o advento do Decreto-lei 2.348/1987, que, dentre tantas modificações trazidas ao Decreto-lei 2.300/1986, inseriu novo parágrafo ao art. 25 e conferiu nova redação ao parágrafo único do art. 45, para autorizar a utilização da arbitragem pela Administração Pública nos contratos financiados por organismos multilaterais de crédito e nos casos de aquisição de equipamentos fabricados e entregues no Exterior:

§ 13. O disposto no § 2º do art. 3º, no § 10 do art. 25, no § 1º do artigo 26 e no parágrafo único do art. 45 não se aplica às concorrências internacionais, para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional, de que o Brasil faça parte, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no Exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República. [Art. 25, § 13, do Decreto-lei 2.300/1986]

Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13 do art. 25, permitido nesses casos o juízo arbitral. [Art. 45, parágrafo único, do Decreto-lei 2.300/1986]

As alterações legislativas vieram para viabilizar a celebração de contratos internacionais pela Administração Pública, em atendimento à exigência dos empresários estrangeiros de utilizar a arbitragem para solucionar os conflitos verificados na execução dos contratos administrativos internacionais.

Uma interessante peculiaridade acerca da arbitragem na Administração Pública brasileira corresponde ao fato de este instrumento consensual estar tradicionalmente atrelado aos contratos administrativos internacionais, desde as primeiras arbitragens no Império até mais

recentemente com o Decreto-lei 2.300/1986. Constata-se que até pouco tempo atrás a arbitragem não integrava a cultura brasileira, sendo instrumento consensual previsto no ordenamento jurídico nacional por influxo de demandas internacionais para propiciar maior segurança jurídica aos investimentos e, conseqüentemente, diminuir os custos de transação. Em outros termos: a arbitragem, a princípio, foi utilitaristamente prevista para viabilizar o desenvolvimento econômico nacional e as negociações internacionais envolvendo a Administração Pública.

Nada mais natural, portanto, que as normas cumprissem a função de meras autorizatárias da arbitragem nos excepcionais casos de acordos administrativos internacionais. Assim, embora não restasse qualquer dúvida a respeito da adoção da arbitragem pela Administração Pública nos contratos administrativos internacionais, significativa ordem de dúvidas e resistência se apresentou com a edição de normas que ensejaram o alargamento do emprego da arbitragem para além dos casos envolvendo somente contratos administrativos internacionais.

Com a nova lei de licitações e contratações públicas – a Lei 8.666/1993, que revogou expressamente o Decreto-lei 2.300/1986 –, a arbitragem na Administração perdeu seu permissivo legal.¹³¹ dando

131. Os preceitos normativos do Decreto-lei 2.300/1986 foram substituídos pelo art. 55, § 2º, e pelo art. 32, § 6º, da Lei 8.666/1993, de seguinte redação:

“Art. 32. (...).

“(....).

“§ 6º. O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55 não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no Exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no Exterior.”

“Art. 55. (...).

“(....).

“§ 2º. Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no Estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.”

Conforme se evidencia pela leitura dos dispositivos transcritos, não há qualquer menção à figura da arbitragem.

marginem a ampla discussão doutrinária acerca do cabimento do instrumento consensual mediado para dirimir controvérsias em contratos administrativos internacionais, conforme o regime jurídico anterior. Ademais, a previsão de aplicação supletiva dos princípios e da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado no *caput* do art. 54 da Lei 8.666/1993 ensejou uma segunda ordem de discussão, não menos relevante, preocupada em identificar, no preceito, permissivo genérico à Administração para se submeter à arbitragem em qualquer contrato administrativo.

No âmbito da Administração Pública e, por conseqüência, do direito administrativo o instituto da arbitragem insere-se em uma pauta de debates bastante peculiar ao panorama processualista civil, em que mecanismos privados de solução de conflitos constituem alternativas às disfuncionalidades do Poder Judiciário. Há também um debate próprio no direito administrativo a respeito da viabilidade jurídica da arbitragem para dirimir conflitos administrativos, cuja particularidade decorre, basicamente, de dois fatores: (i) presença da Administração Pública como parte do juízo arbitral e (ii) existência de forte entendimento doutrinário no sentido de conceber a ciência do direito administrativo a partir dos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público.

A arbitragem suscitou verdadeiro debate no direito administrativo brasileiro exatamente por tocar em seus ditos princípios estruturantes e trazer à tona uma forma de atuação administrativa bastante diferenciada da tradicional forma de agir lastreada na imperatividade e na unilateralidade de atos, com evidente mitigação da posição de supremacia da Administração. Além da seara doutrinária, também na jurisprudência dos Tribunais Superiores e do TCU o tema foi enfrentado.

Embora as discussões doutrinárias e jurisprudenciais versassem sobre o instituto da arbitragem, nota-se que os diversos aspectos debatidos encerram-se na questão da viabilidade jurídica de a Administração Pública “negociar”. De fato, a real discussão não era propriamente o cabimento da arbitragem no exercício da função administrativa, mas, sim, a possibilidade de a Administração transacionar, dispor de sua prerrogativa imperativa, para, assim, celebrar acordos administrativos. Em resumo, a questão de fundo que se colocava é: *pode a Administração Pública transacionar?*

Diante dos impasses sobre o cabimento da arbitragem com a supressão do permissivo genérico pela edição da Lei 8.666/1993, o Ministério de Minas e Energia formulou consulta ao TCU (Decisão 286/1993) quanto à possibilidade jurídica de adoção do juízo arbitral para solucionar eventuais conflitos sobre o preço dos contratos firmados entre a Cia. Hidroelétrica do São Francisco/CHESF e fornecedores de materiais e mão de obra. Nessa oportunidade o TCU firmou entendimento no sentido de que a arbitragem não pode ser empregada pela Administração Pública em seus contratos administrativos, pois (i) o instrumento consensual não é expressamente previsto na Lei 8.666/1993, (ii) a adoção da arbitragem nos contratos administrativos ofende os princípios gerais de direito público, especialmente os da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, e, por fim, (iii) o contrato administrativo é regido pelas normas de direito público, sendo vedada a aplicação de institutos de natureza privada que colidam com os princípios da Administração Pública, como se verifica com a arbitragem. Trata-se de verdadeiro *leading case* no âmbito desse órgão de controle, pois na Decisão 286/1993 foi firmado o exposto entendimento até hoje prevalecente, além de outros acórdãos e decisões proferidos pelo TCU recorrentemente se reportarem ao mesmo.

Apesar de ser considerada a decisão paradigmática do TCU, é de se notar que a argumentação jurídica se encontra na manifestação da Unidade Técnica e no parecer do Ministério Público, com os quais o Ministro-Relator, Homero Santos, concordou para proferir seu enxuto voto.

Em relação à possibilidade de a Administração estabelecer convenção de arbitragem com a supressão da autorização normativa nos casos envolvendo contratos administrativos internacionais, o TCU considerou ser esta hipótese inviável, pois a arbitragem, instrumento excepcional no direito administrativo, caberia tão somente nos casos em que a lei assim expressamente determinasse.¹³² Também o TCU

132. Nos termos da manifestação da Unidade Técnica: "Tal supressão da autorização expressa para o uso do juízo arbitral nas pendências atinentes aos contratos antes referidos no § 13 do art. 25 do Decreto-lei n. 2.300/1986 e, hoje, no § 6º do art. 32 da Lei n. 8.666/1993, longe de sugerir que, pelo disciplinamento atual, seria cabível o juízo arbitral nos contratos administrativos, mostra que, ao contrário, essa hipótese foi, de plano, refutada pelo legislador do novo Estatuto, até porque, se posta fosse sua intenção, ele (legislador) decerto teria introduzido na lei dispositivo consi-

entendeu não ser cabível o emprego da arbitragem nos contratos administrativos em geral, na medida em que o emprego do juízo arbitral para dirimir conflitos administrativos afrontaria diversos princípios:

De outro lado, admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós, afrontar uma série de princípios de direito público, dentre os quais se avultam (alguns deles, em verdade, consectários de outros citados): a) o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração; c) o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; d) o do controle administrativo ou tutela; e) o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

Quanto à viabilidade jurídica de emprego da arbitragem pela Administração Pública em razão da aplicabilidade dos princípios da teoria geral dos contratos administrativos e das disposições de direito privado previstas no art. 54 da Lei 8.666/1993, o TCU, por meio da manifestação da Unidade Técnica, entendeu de forma negativa, pois o instrumento consensual em comento ofenderia os princípios gerais de direito público ao se projetar sobre os contratos administrativos.¹³³

A primeira manifestação do TCU acerca da viabilidade jurídica de a Administração Pública se submeter ao juízo arbitral após a edição da Lei 9.307/1996 (lei da arbitragem) e da Lei 8.987/1995 (lei de concessões), ambas com permissivos genéricos para adoção da arbitragem, se deu no Acórdão 584/2003. Na ocasião, o TCU analisou

nando ser admissível o juízo arbitral nos contratos por ela disciplinados ou enumerando as hipóteses em que isto seria cabível" (Decisão 286/1993).

133. "(...) não obstante a previsão legal de que aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54 da Lei n. 8.666/1993 e art. 44 do revogado Decreto-lei n. 2.300/1986, que não se referia expressamente aos princípios da teoria geral dos contratos), isso em nada muda nossa conclusão pela inviabilidade legal da adoção do juízo arbitral em contratos da espécie, isso porque a eventual suplementação das normas de direito público por normas de índole privada só pode ter lugar até e enquanto cogitadas normas de direito público se harmonizem com os princípios e postulados básicos de direito público, coisa que efetivamente não ocorre no caso presente" (Decisão 286/1993).

representação formulada pela Associação Nacional dos Engenheiros e por parlamentares contra possíveis irregularidades praticadas pela empresa pública Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial/CBEE, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, dentre as quais se destaca a impropriedade quanto à disponibilidade temporal das usinas, dispensa indevida de licitação, cláusulas contratuais indevidas prevendo a arbitragem e seu sigilo, critério de seleção de empresas e reajuste dos contratos vinculado à variação cambial.

Depois de afirmar a natureza pública dos contratos questionados, que versavam sobre serviço público de energia elétrica, de exclusividade do Estado (art. 21, XII, da CF), o TCU suprimiu a cláusula compromissória, por ausência de previsão legal que autorizasse o juízo arbitral. O TCU entendeu pela inaplicabilidade da Lei 9.307/1996, por caracterizar o serviço de energia elétrica como indisponível, nos seguintes termos:

Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender a boa parte da população brasileira que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E, conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado.¹³⁴

O TCU também afastou a aplicação da Lei 8.987/1995, primeiramente por os contratos em pauta não serem propriamente contratos de concessão, e em segundo lugar porque a redação do art. 23, XV, que determina a estipulação do foro e modo amigável de solução das di-

134. Consta na Decisão 584/2003 extenso parecer da Secretaria de Comércio Exterior/SECEX sobre a questão da disponibilidade dos direitos envolvidos, o qual fora acatado pelo TCU, e a reprodução de certos trechos ajuda a elucidar a decisão do órgão: "(...) nos termos da Lei n. 9.307, de 23.9.1996, [*a arbitragem*] é aplicável apenas a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, individuais, sobre os quais os titulares têm direito de disposição, o que não é o caso do contrato, onde o bem tutelado é a energia elétrica emergencial, de interesse coletivo. (...). Como empresa pública comercializadora de energia elétrica, não caberia à CBEE, em caso de conflito com o particular, abrir mão da composição da lide no Judiciário. Os bens de uma empresa pública não podem ser considerados disponíveis, já que, em última instância, o responsável por quaisquer ressarcimentos ao particular será sempre o contribuinte, a partir da majoração dos encargos tributários".

vergências contratuais nos contratos de concessão, não concerne à arbitragem.¹³⁵ O mesmo destino deu-se à Medida Provisória 29/2002, convertida na Lei 10.433/2002. Na medida em que os contratos haviam sido celebrados entre CBEE e produtores independentes, a operação não fora realizada no âmbito do mercado atacadista de energia/MAE, razão pela qual a cláusula compromissória carecia de autorização legal, conforme deliberou o TCU. O entendimento de não cabimento da arbitragem nos contratos administrativos por falta de amparo legal foi corroborado no Acórdão 537/2003, que reexaminou o Acórdão 584/2003, em pauta.

No Acórdão 1.271/2005, prolatado com base em relatório de auditoria realizada pelo SECEX/RS nas obras de recuperação de trecho rodoviário da BR-153/RS, o TCU confirmou sua orientação no sentido de ausência de previsão legal para contratos administrativos em geral estipularem cláusula compromissória,¹³⁶ mesmo com a edição da Lei 9.307/1996:

Este tem sido, de fato, o entendimento predominante nesta Corte de Contas, que fundamenta sua crítica à previsão de arbitragem nos contratos administrativos na inexistência de expressa autorização legal para tanto, sem a qual não pode o administrador público, por simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação.¹³⁷

135. "No que se refere à Lei n. 8.987/1995, o responsável cita o seu art. 23. O inciso XV desse artigo estabelece que os contratos de concessão deverão definir o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais. Além de o contrato celebrado pela CBEE com os produtores independentes não ser um contrato de concessão, a definição de foro e modo amigáveis nada tem a ver com a resolução de conflitos via arbitragem" (Acórdão 1.271/2005).

136. Também nesse sentido o Acórdão 1.099/2006 do TCU, que concretamente determinou ao DNIT que, "em futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se de incluir cláusulas editalícias e contratuais prevendo a adoção de juízo arbitral para a resolução de eventuais conflitos, a exemplo dos itens 24 a 26 do Aviso de Licitação n. 396/2000, ante a ausência de previsão legal e a afronta a princípios de direito público" (grifei).

137. Acórdão 1.271/2005. Reproduz-se outra passagem da mesma decisão: "Poder-se-ia pensar que tal problema não mais existiria após a edição da Lei n. 9.307/1996, que, ao dispor sobre a arbitragem, introduz, verdadeiramente, o instituto no direito positivo brasileiro. No entanto, este Tribunal, em julgado da 2ª Câmara sobre processo envolvendo contratos que a Comercializadora Brasileira de Energia

No entanto, tendo em vista o posicionamento do STF no RE 248.869¹³⁸ no sentido de considerar indisponíveis os direitos conforme a importância que eles tenham para a sociedade, ao invés da natureza da relação jurídica na qual estejam compreendidos, o TCU compreendeu que o entendimento sobre o tema ainda não se encontrava consolidado, determinando o arquivamento do processo sem supressão da cláusula compromissória.

O que se verifica, a partir de então, no atual panorama jurisprudencial do TCU a respeito do cabimento da arbitragem como mecanismo de resolução alternativa de controvérsias envolvendo o Poder Público é a ausência de pacificação jurisprudencial em uma argumentação complexa. Por um lado, o TCU ainda opõe forte resistência à previsão de cláusulas compromissórias nos contratos celebrados pela Administração Pública. Por outro lado, tendo em vista a prática administrativa, as sucessivas previsões normativas do cabimento da arbitragem e, mesmo, as decisões proferidas pelo STF e pelo STJ¹³⁹ nessa matéria, o TCU considera legítima a previsão de cláusulas compromissórias em contratos administrativos.¹⁴⁰

Nessa linha, mencione-se o Acórdão 1.796/2011, referente ao acompanhamento dos processos de concessão de serviço público do trem de alta velocidade/TAV conduzidos pela ANTT e pelo BNDES. Especificamente com relação à previsão de resolução de divergências sobre a definição tarifária por meio de arbitragem, o Plenário do TCU, pelo voto do Ministro-Relator Augusto Nardes, assim se posicionou sobre a inviabilidade de a arbitragem dirimir divergências sobre questões econômico-financeiras:

No que tange à previsão da resolução de divergências envolvendo questões econômico-financeiras do contrato de concessão por parte de Comissão Técnica e de Arbitragem (objeto da determinação proposta no subitem 'c.7'), comungo do entendimento da Unidade Técnica no senti-

Elétrica/CBEE firmara com produtores independentes de energia, entendeu que o art. 1º da referida lei, ao estabelecer que a via arbitral estava aberta aos detentores de direitos patrimoniais disponíveis, retirava os contratos administrativos da esfera de incidência de suas disposições”.

138. STF, RE 248.869, rel. Min. Maurício Corrêa, 2003.

139. Cf. STJ, MS 11.308, rel. Min. Luiz Fux, 2008.

140. Cf. Acórdão 1.011/2011 e Acórdão 1.341/2011, por exemplo.

do de que, consoante o disposto nas Leis ns. 8.987/1995 e 9.307/1996, a utilização do juízo arbitral nos contratos de concessão somente é possível caso não se incluam na parte de arbitragem situações que não observem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público.

É por essa razão que questões de natureza econômico-financeira atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o que é irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante a aplicação da arbitragem, por se tratar de interesse público indisponível.

Lembro que a aplicabilidade do instituto em tela [*arbitragem*] tem sido considerada com bastante parcimônia por parte deste Tribunal, dirigida apenas a questões marginais, não albergados direitos públicos indisponíveis, de que é exemplo a concessão de serviços públicos.

Na Instrução Normativa 52, de julho/2007, o TCU dispôs sobre o controle e a fiscalização dos procedimentos de licitação, contratação e execução das PPPs, versando, inclusive, sobre a arbitragem.¹⁴¹ Ora, se não houvesse reconhecimento da constitucionalidade e da legalidade desta *alternative dispute resolution*/ADR pelo TCU, seria tautológica a disciplina jurídica do modo de fiscalização desta solução alternativa de conflitos. Todavia, a abrangência da arbitragem considerada pelo TCU é deveras limitada – interpretação, esta, que leva ao esvaziamento do instituto da arbitragem.

O tema da arbitragem envolvendo a Administração Pública já é pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF),¹⁴² que entende pelo cabimento do instituto desde o “caso Lage” (STF, AI 52.181),¹⁴³ considerado o *leading case*, no qual se reconhece a possi-

141. Instrução Normativa 52/2007 do TCU, art. 10: “O órgão, a entidade federal concedente ou a agência reguladora manterá arquivo atualizado dos seguintes documentos relacionados aos processos de parceria público-privada de sua competência, que ficarão disponíveis para fins de fiscalização pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do dia seguinte ao término da vigência contratual: (...); III – o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

142. STJ, REsp 954.065, rel. Min. Ari Pargendler, 2008; STF, MS 11.308, rel. Min. Luiz Fux, 2008; STJ, REsp 606.345, rel. Min. João Otávio de Noronha, 2007.

143. STF, AI 52.181, rel. Min. Bilac Pinto, 1975. No contexto da II Guerra, a União incorporou bens e direitos das Organizações Lage por meio do Decreto-lei

bilidade de a Administração Pública se submeter à cláusula compromissória de arbitragem.

O caso da arbitragem no âmbito do TCU traz uma questão subjacente fundamental ao tema da consensualidade administrativa: *a Administração Pública pode transacionar?* Responder a esta pergunta predica enfrentar duas perguntas preliminares, também identificadas na jurisprudência do TCU sobre arbitragem: (i) Existem instrumentos legais para que a Administração transacione? (ii) Há direitos patrimoniais disponíveis na Administração Pública? Ou seja: reconhece-se uma atividade privada administrativa?

Depreende-se uma visão bastante hostil à consensualidade pelo TCU, conforme aponta a reconstrução jurisprudencial. No entanto, deve-se salientar o relativo abrandamento do discurso de resistência à atividade negociada da Administração nos últimos acórdãos, passando o órgão de controle a considerar a arbitragem como legítimo instrumento de gestão administrativa nas hipóteses previstas em lei quando não envolverem questões econômico-financeiras. Permanecem, porém, a compreensão da reserva de lei no tema da consensualidade e a restrita visão sobre os casos de transação administrativa, esta evidenciada no trabalho com os direitos patrimoniais disponíveis.

Quanto à primeira característica da jurisprudência do TCU sobre arbitragem – legalidade estrita e consensualidade –, o órgão de controle externo determina que a atuação administrativa consensual apenas caberia nas hipóteses expressamente previstas em lei. O raciocínio

4.648/1942, com fundamento na defesa nacional. Foi instituída Comissão, presidida pelo Procurador-Geral da República, para proceder à avaliação da indenização devida. O relatório resultante da referida Comissão foi transformado no Decreto-lei 7.024/1944. Todavia, os bens não incorporados seriam restituídos ao espólio das Organizações Lage mediante manifestação de vontade dentro do prazo estipulado para tanto, que, porém, não foi exteriorizada. Foi, então, determinada a hasta pública, mas o advogado Levi Carneiro propôs a adoção de juízo arbitral para determinar o valor indenizatório. O então Ministro da Fazenda, Themístocles Brandão Cavalcanti, proferiu parecer favorável, nos seguintes termos: “Por outro lado, ainda me parece digna a solução arbitral, com as alterações que proponho em anexo”. O Decreto-lei 9.521/1946 formalizou o compromisso arbitral, determinando que a União pagaria pela incorporação o valor consignado em sentença arbitral. Com o posterior questionamento do juízo arbitral pela União, os espólios ajuízam ações para garantir o recebimento da indenização determinada pela arbitragem. Levada ao STF, por unanimidade os ministros do Supremo negaram provimento ao recurso interposto pela União, para afirmar a constitucionalidade e a legalidade do juízo arbitral.

é extraído a partir da *ratio decidendi* segundo a qual não caberia o juízo arbitral nos contratos administrativos, por ausência de previsão legal para tanto, como se evidencia na Lei 8.987/1995 (art. 23-A) e na Lei 10.433/2002. Dessa forma, o Tribunal desconsidera qualquer forma de permissivo genérico para a adoção de instrumentos negociados (no caso, a arbitragem), restando a atuação administrativa consensual vinculada a expressa determinação legal.

O debate travado nos acórdãos analisados em torno da existência de direitos patrimoniais disponíveis na Administração Pública ganha especial relevância na medida em que indica os objetos transacionáveis pela Administração Pública, com indicação das possíveis situações que autorizariam a atuação administrativa consensual. Reconhecer direitos patrimoniais disponíveis significa, antes de tudo, admitir a possibilidade de a Administração Pública firmar com o administrado soluções negociadas, ampliando os meios legais que o Poder Público pode utilizar para atuar. Em outros termos: não apenas o ato imperativo e unilateral consiste na única forma ou na forma primeira de cumprimento das funções administrativas, mas também o ato consensual desempenha igual funcionalidade.

A primeira manifestação do TCU a respeito da existência de direitos patrimoniais disponíveis na Administração Pública foi fortemente reativa. O TCU posicionou-se contrário à arbitragem na Administração Pública no Acórdão 286/1993, pois a adoção de instrumentos consensuais incorreria em afronta aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Tal vertente sintetiza as resistências teóricas que se insurgiram contra a adoção de fórmulas negociadas no âmbito da atividade administrativa, especialmente orientadas pelos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

A análise da jurisprudência do TCU sobre um específico instrumento consensual (a arbitragem) demonstra como os debates sobre a consensualidade se colocam no panorama do direito administrativo brasileiro. Paralelamente às discussões teóricas, a atuação administrativa consensual incita discussões mais concretas passadas especialmente nos órgãos de controle, pela óbvia razão de esses órgãos serem os responsáveis pela garantia da legalidade no cumprimento das competências administrativas. Os instrumentos consensuais têm amparo

legal? A adoção de técnicas negociadas pela Administração Pública afronta os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público? Essas foram as principais questões relacionadas à consensualidade enfrentadas pelo TCU a partir do mecanismo da arbitragem, que se posicionou de forma bastante refratária, dando mãos fortes aos argumentos de resistência aos instrumentos consensuais pautados nos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

2.4.2 *Análise crítica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público: reais óbices à celebração de acordos administrativos?*

2.4.2.1 *Do princípio da supremacia do interesse público à composição de interesses*

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado – ou, simplesmente, princípio da supremacia – consiste no principal fator de legitimação das prerrogativas públicas, sendo emblemático ao direito administrativo brasileiro, cuja construção teórica hoje mais difundida toma-o como princípio estruturante do sistema jurídico-administrativo. Originado no sistema francês, o princípio da supremacia foi incorporado ao direito administrativo brasileiro por meio das obras de Pimenta Bueno e Themístocles Brandão Cavalcanti no início do século XX,¹⁴⁴ e desde então se apresenta forte na teoria administrativista, principalmente após a publicação do artigo “O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico”,¹⁴⁵ de Celso Antônio Bandeira de Mello, no qual o autor se investe a construir uma teoria do direito administrativo a partir de dois pilares mestres, quais sejam: os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.¹⁴⁶ Com a edição do *Elementos de Direito Administrativo* e, mais tarde, do *Curso de Direito Administrativo* (atualmente na 30ª edição), onde o artigo foi incorporado no capítulo

144. *Apud* Gabriel de Araújo Lima, “Teoria da supremacia do interesse público: crises, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal”, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* abril-junho/2009, Belo Horizonte, Fórum, p. 124.

145. *RD* 2/44-61, Ed. RT, out./dez. 1967.

146. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 30ª ed., p. 55 e ss.

inaugural, a teoria é enfim sedimentada no direito administrativo brasileiro e largamente reproduzida por toda uma geração de publicistas.

Em relação à atuação administrativa consensual, a celebração de acordos administrativos pode ser interpretada como uma afronta ao princípio da supremacia, na medida em que a Administração deixaria de decidir conforme o interesse público para adotar soluções negociadas, que contemplem os interesses privados. É a lógica do consenso que dita relações horizontalizadas entre Administração Pública e administrado, própria do direito privado, que se oporia ao princípio da supremacia. A negociação do exercício das prerrogativas públicas pela Administração poderia implicar prevalência do interesse privado, pois a Administração não terminaria o processo administrativo com ato imperativo e unilateral em que fosse evidenciado o emprego de prerrogativas públicas. Porém, negociar o conteúdo da deliberação final com o administrado significa relegar a segundo plano o interesse público e afirmar a supremacia do interesse privado?

Preliminarmente, deve-se analisar o princípio da supremacia como efetivo princípio do direito administrativo e, nessa linha, seu valor metodológico para resolver conflitos de interesses envolvendo o Poder Público.

Não se pode perder de vista que o princípio da supremacia consiste em uma *construção teórica*, desenvolvida por estudiosos do direito administrativo com a finalidade de apresentar uma proposta de sistematização do regime administrativo. O significado do princípio deve ser compreendido dentro de suas próprias limitações, sem que seja erigido à categoria de dogma do direito administrativo, na medida em que seu conteúdo e seu método de aplicação se relacionam à teoria que o respalda. A ausência de previsão normativa¹⁴⁷ faz com que as diretrizes de aplicação do princípio da supremacia sejam questionáveis, principalmente no que tange à abrangência de seu conteúdo para alcançar as atividades negociais da Administração Pública, além de suscitar dúvidas sobre a existência de tal princípio.

147. Assim como Floriano de Azevedo Marques Neto (“Discrecionabilidade e regulação setorial – O caso do controle de atos de concentração por regulador setorial”, in Alexandre Santos de Aragão (coord.), *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 571 e ss.), nega-se a existência de princípios implícitos no ordenamento jurídico brasileiro.

O atual panorama do princípio da supremacia é marcado por contestações teóricas acerca da forma de compreensão deste princípio no sistema jurídico-administrativo bem como de sua aplicação prática para resolução de conflitos entre interesses, que denotam o declínio deste princípio como elemento central do direito administrativo. Questiona-se a validade do critério ditado pelo princípio da supremacia em estabelecer *aprioristicamente* o interesse a prevalecer em todos os casos concretos, desconsiderando outros interesses legítimos que podem se apresentar (interesses privados) e que, por meio da ponderação de interesses, poderiam prevalecer no caso concreto.¹⁴⁸ De forma mais incisiva, questiona-se, inclusive, a existência de um princípio de supremacia do interesse público no ordenamento jurídico.¹⁴⁹

Outro ponto a ser considerado na reflexão sobre a suposta afronta da atuação administrativa consensual ao princípio da supremacia corresponde ao alcance deste princípio, ou seja, à *função* que desempenha no sistema administrativo. Na Parte I procurou-se demonstrar que a supremacia do interesse público tem a função de legitimar a autoridade do Estado, pois tanto justifica restrições a direitos por ação do Poder Público quanto legitima a conferência de prerrogativas exorbitantes ao Estado, as quais afirmam a verticalidade nas relações administrativas.

Anunciado como um dos pilares do regime jurídico-administrativo, ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público,¹⁵⁰ pela primeira vertente explicitada, o princípio da supremacia se reveste de especial força legitimadora das prerrogativas públicas detidas pela Administração Pública, então parametrizadas pela noção de interesse público. Sob essa perspectiva, as prerrogativas públicas decorreriam inexoravelmente do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.¹⁵¹ Dessa forma, depreende-se que a

148. Cf. Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 96 e ss.

149. Cf. Humberto Ávila, "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", *RTDP* 24/159-180, São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

150. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 30ª ed., pp. 55-56.

151. "Com efeito, enquanto o direito privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o direito público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses

força do valor metodológico conferido ao princípio da supremacia do interesse público por essa primeira corrente do direito administrativo legitimaria a conferência de poderes exorbitantes implícitos à Administração Pública; poderes, esses, verticalmente oponíveis aos particulares em dada relação administrativa. O princípio da supremacia seria por si só suficiente para consagrar o rol de prerrogativas conferidas à Administração Pública.¹⁵²

Diante deste propósito de legitimação, o princípio da supremacia não pode ser considerado um óbice à celebração de acordos pela Administração Pública, pois tal princípio cumpre o papel de legitimador da autoridade estatal, sem trazer em si um critério viável de solucionamento de conflitos entre interesses.

O panorama de fragmentação de interesses percebido na atual configuração do Estado coloca à Administração Pública a função de arbitadora dos interesses que devem prevalecer no caso concreto, de forma motivada e observadas as especificidades que cada caso

coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. (...) (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 39ª ed., p. 50). Ainda o administrativista: "(...), dada a prevalência do interesse geral sobre os individuais, inúmeros privilégios e prerrogativas são reconhecidos ao Poder Público. (...) (ob. cit., p. 110).

Para Diógenes Gasparini, "Administração Pública e administrado não estão no mesmo pé de igualdade ou no mesmo nível. Dessa desigualdade ou supremacia da Administração Pública decorrem privilégios que devem ser levados em conta por ocasião de qualquer exegese. Sempre que conflitarem os interesses públicos e os particulares, estes cederão àqueles. A vontade do Estado ou o interesse público prevalecente sempre que contraposto ao querer do particular ou ao interesse público, respeitados, por certo, os direitos que o ordenamento jurídico lhe assegura" (*Direito Administrativo*, cit., 12ª ed., p. 26).

152. Alice Gonzalez Borges, por sua vez, traz argumento utilitarista para defesa da decorrência das prerrogativas públicas a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Segundo a administrativista, "quando o direito administrativo faz da supremacia do interesse público – isto é, a habitual (mas não absoluta, nem eterna) prevalência do querer valorativo majoritário dos integrantes da sociedade – o (único) fundamento e justificativa para o exercício das chamadas prerrogativas de potestade pública, é para manter o mínimo de estabilidade e ordem necessárias para a vida em sociedade" ("Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?", *RDE* 3/152-153, Rio de Janeiro, Renovar, julho-setembro/2006).

envolve.¹⁵³ No âmbito da atividade consensual da Administração Pública deve-se reconhecer, ao lado da referida função de arbitramento dos interesses, também a *função de composição* desses interesses, por meio da qual a Administração busca harmonizar os interesses em conflito seja entre os particulares, seja em relação ao próprio Poder Público. Essa dinâmica é facilmente perceptível no exemplo da mediação de interesses entre regulados e usuários de serviço público no âmbito de processo adjudicatório conduzido por determinada agência reguladora. Também se nota a função de composição de interesses no caso de processo de outorga, no qual os interesses da Administração e do pretense autorizatário são harmonizados e exteriorizados no ato de autorização, cujo conteúdo fora consensualmente delimitado.

Nota-se um cenário complexo, no qual a tradicional concepção de princípio da supremacia pouco ou nada ajuda na dinâmica da atuação administrativa consensual.

Primeiramente, não é possível extrair da sociedade fragmentada um interesse unívoco – o interesse coletivo –, definível previamente à situação concreta, para prevalecer em abstrato sobre qualquer conflito administrativo que possa ser verificado.¹⁵⁴ Há uma pluralidade de interesses legítimos igualmente merecedores de tutela jurídica, e, nessa linha, cada caso envolverá determinados interesses para arbitramento ou composição pela Administração Pública tendo em vista as circunstâncias práticas e jurídicas deduzidas no processo administrativo. A definição *ex ante* do interesse a prevalecer abstratamente em qualquer situação de conflito envolvendo a Administração Pública vai de encontro à própria finalidade do direito administrativo, consistente na garantia dos direitos dos administrados contra a autoridade estatal. Todos os interesses constatados no caso concreto devem ser objeto de

153. “O princípio da supremacia do interesse público, parece-nos, deve ser aprofundado de modo a adquirir a feição da prevalência dos interesses públicos e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos (v.g., aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual); (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais” (Floriano de Azevedo Marques Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, cit., p. 165).

154. Floriano de Azevedo Marques Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, cit., pp. 74 e ss.

ponderação, para que a Administração Pública determine, racionalmente e de forma motivada, o interesse que deve prevalecer, em detrimento dos demais. Tratando-se da ação administrativa consensual, tais interesses podem ser harmonizados para celebração de acordos administrativos, quando a Administração irá utilizar a função de composição de interesses.

Quanto à compreensão do interesse público como aquele declarado pelo Estado (o “toque de Midas”), que implicaria a prevalência *a priori* do interesse estatal, de acordo com o princípio da supremacia, deve-se assinalar sua total incompatibilidade com a atuação administrativa consensual. Se assim fosse reconhecido, haveria um impedimento originário de celebração de acordos administrativos pela Administração, pois invariavelmente o interesse exarado pelo Poder Público prevaleceria, e, assim, impossibilitaria qualquer forma de negociação em torno do exercício das prerrogativas públicas. Além da existência de uma pluralidade de interesses consagrados na sociedade, a valorização do cidadão, tanto na ponta da atuação administrativa, na categoria de destinatário do ato, quanto na formação do provimento administrativo, com sua participação direta no processo, impede que a vontade estatal seja reconhecida como interesse público a prevalecer em detrimento dos demais interesses.

Por fim, há a questão da insuficiência do princípio da supremacia na fundamentação do provimento administrativo,¹⁵⁵ o que não implica afirmar que o princípio não mais possa ser enunciado na motivação do ato administrativo, mas que o trabalho da Administração com o mesmo deve ser explicitado no processo, com a demonstração do raciocínio empregado para delimitar o interesse público.

Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público; pelo contrário, segundo esse argumento, a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo. O ponto está em considerar não apenas o ato administrativo como

155. Sobre os riscos da fundamentação restrita à invocação de princípios, cf. Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?”, in *Direito Administrativo para Céticos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 60-84.

expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado no âmbito do processo no qual haja negociação da prerrogativa pública (imperativa). Tendo em vista os possíveis efeitos positivos da consensualidade – como a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta –, é importante que se reconheça o ato consensual como a própria expressão do interesse público.

Dessa forma, admitindo-se o valor metodológico do princípio da supremacia, a negociação de prerrogativas públicas para celebração de acordos administrativos pela Administração não afronta o referido princípio, pois (i) o ato consensual pode ele próprio ser considerado o interesse público perseguido pelo Estado e (ii) a funcionalidade do princípio da supremacia corresponde à legitimação de limitação a direitos individuais, bem como de conferência de prerrogativas exorbitantes ao Estado, de forma que essa função não impede a celebração de acordos pela Administração. Porém, a concepção mais tradicional do princípio da supremacia não se coaduna com a dinâmica consensual, na medida em que tolhe o exercício da função de composição de interesses pela Administração. O princípio da supremacia não contém valor metodológico na seara da consensualidade, pois (i) o cenário de fragmentação social e da conseqüente pluralidade de interesses impede o reconhecimento de um interesse público uniforme na sociedade e definível em abstrato, (ii) o interesse estatal mais corresponde ao interesse público, e (iii) é insuficiente a fundamentação do provimento administrativo pelo princípio da supremacia, sendo imprescindível a explicitação no processo administrativo do critério para determinar a prevalência de um interesse em detrimento de outros.

O princípio da supremacia não caracteriza um impedimento à celebração de acordos pela Administração Pública, e sua sustentação nos argumentos de resistência oculta um relevante elemento que deve ser considerado na atuação administrativa consensual, qual seja: a *representação dos interesses*.

Em vista dos variados interesses colocados no processo administrativo onde será celebrado acordo administrativo, deve-se verificar se todos os interesses envolvidos no caso concreto serão contemplados no ato consensual. Em determinadas situações os interesses envolvidos restringem-se à Administração Pública e ao administrado, como

no caso do processo sancionador, razão pela qual a *negociação bilateral* no âmbito do processo administrativo é suficiente para que o instrumento consensual seja firmado. Outras, no entanto, envolvem não apenas os interesses da Administração Pública e do administrado, mas também interesses de outras pessoas que serão diretamente impactadas pelo conteúdo do ato consensual como um todo, ou certa cláusula do acordo. Nessa segunda situação, a Administração deve *chamar os interessados ao processo*, para que haja *negociação plural* acerca dos pontos do ato consensual que gerarão eficácia *extra partes*, mantendo-se a negociação bilateral em relação nos tópicos do acordo de eficácia *inter partes*.

Conforme o art. 9º, II, da Lei 9.784/1999 (lei federal de processo administrativo), são considerados interessados aqueles que tenham direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada ao final do processo administrativo. Eventualmente a decisão consensual pode incidir sobre a esfera de direitos e interesses de outras pessoas que não figuram originariamente como partes no processo em tramitação, razão pela qual estes indivíduos devem ser integrados ao processo de negociação sobre os termos do ato consensual. Reconhece-se o direito destas pessoas de participar do momento deliberativo do processo administrativo, para garantia de seus direitos e interesses, restrita essa participação aos termos que irão ter eficácia *extra partes*. Em termos pragmáticos, essa medida restringe futuro questionamento administrativo, com a instauração de novo processo administrativo, nos termos do art. 5º da Lei 9.784/1999, e, ainda, pode evitar a judicialização do instrumento consensual – mandado de segurança – pelo terceiro que se sentir prejudicado. Estende-se essa consideração para também abranger organizações e associações representativas nos casos em que o objeto de negociação envolver direitos e interesses difusos ou coletivos (incisos III e IV do art. 9º da Lei 9.784/1999).

Estrategicamente, a Administração Pública poderá chamar organizações e associações representativas para também negociar os termos do ato consensual mesmo que a decisão consensual não afete diretamente seus direitos e interesses. Assim como no caso antecedente, essa medida tende a evitar possíveis questionamentos administrativos ou judiciais por parte dessas entidades, além de promover maior abrangência do objeto da negociação e efetividade à solução negocia-

da. Trata-se, assim, de forma de prezar pelos efeitos positivos da consensualidade, diminuindo os riscos de que a medida consensual seja esvaziada.¹⁵⁶ Todavia, a integração dessas pessoas ao processo administrativo pode comprometer a celeridade própria dos instrumentos consensuais, minando a eficiência da consensualidade, razão pela qual a Administração deve não apenas estar segura sobre as vantagens de transformar a negociação bilateral em plurilateral, mas delimitar os termos que serão negociados plurilateralmente e os demais que permanecerão de deliberação bilateral.

2.4.2.2 *Princípio da indisponibilidade do interesse público: sobre o que a Administração Pública pode transacionar?*

É possível interpretar que, segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, à Administração Pública seria defeso adotar instrumentos consensuais para satisfação das finalidades públicas.

Segundo a formulação teórica mais difundida no direito administrativo brasileiro sobre o princípio da indisponibilidade, o interesse público que a Administração tem por obrigação tutelar corresponderia ao interesse de toda a coletividade, formado pela junção da parcela pública projetada por cada indivíduo na sociedade. A Administração estaria, assim, incumbida de garantir interesse de terceiro – o interesse público de titularidade do Estado –, que não lhe pertence. Não sendo o interesse público de propriedade administrativa, a Administração não teria livre disposição sobre o interesse público, ou seja: não seria a vontade do administrador que direcionaria a função administrativa com vistas à satisfação do interesse público, mas, sim, a finalidade legal.¹⁵⁷

De acordo com essa tese, a celebração de acordos administrativos iria de encontro ao dever de tutela do interesse público, na medida em que a Administração seria impedida, pelo princípio da indisponibilidade, de negociar o interesse público, ou seja, dispor do interesse de toda

156. Essa prática se verifica, por exemplo, no direito ambiental, onde organizações não governamentais são chamadas a integrar as negociações e a modelagem do ato consensual.

157. Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 30ª ed., pp. 76-77. Para uma análise mais detida sobre o princípio da indisponibilidade, cf. Capítulo 1 desta obra.

a coletividade. Uma vez que a negociação pressupõe a propriedade do objeto da transação bem como autonomia de vontade para ditar as concessões recíprocas próprias de tal processo, a Administração estaria proibida de celebrar acordos administrativos, na medida em que se encontra vinculada à finalidade legal; razão pela qual também não haveria de se falar em autonomia da vontade na seara administrativa.

O princípio da indisponibilidade é recorrentemente considerado nos textos jurídicos que versam sobre a atuação consensual da Administração Pública, na grande maioria dos casos como um possível óbice a ser enfrentado na celebração de acordos administrativos.¹⁵⁸ Porém, é no tema da arbitragem que se nota maior esforço para conceituar e contornar o princípio da indisponibilidade. Isso se deve, basicamente, ao fato de a Lei 9.307/1996 (lei da arbitragem) referir a arbitrabilidade objetiva¹⁵⁹ aos “direitos patrimoniais disponíveis” em seu art. 1º, *caput*.¹⁶⁰ Ademais, a restrição pelo TCU do emprego da arbitragem pela Administração Pública, porque incompatível com o princípio da indisponibilidade, como demonstrado na pesquisa de jurisprudência do órgão de controle, determina o estudo da indisponibilidade do interesse público no âmbito da atuação administrativa consensual.

Porém, o princípio da indisponibilidade do interesse público efetivamente obstaculiza a atuação administrativa consensual?

Assim como procedido em relação ao princípio da supremacia do interesse público, é necessário asseverar que o princípio da indisponi-

158. Nos textos que versam sobre a consensualidade é comum verificar um item destinado à análise do princípio da indisponibilidade do interesse público, quando não o artigo inteiro se volta ao estudo do referido princípio à luz da consensualidade (cf.: Rita Tourinho, “O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento”, *Fórum Administrativo* 30, Belo Horizonte, Fórum, agosto/2003; Carlos Alberto Sobral de Souza, “Da transação e da indisponibilidade do interesse público”, *Fórum Administrativo* 8, Belo Horizonte, Fórum, outubro/2001; e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “Acordos administrativos e judiciais”, *Fórum Administrativo* 59, Belo Horizonte, Fórum, janeiro/2006).

159. A arbitrabilidade objetiva consiste no objeto transacionável, ao contrário da arbitrabilidade subjetiva, que corresponde à capacidade da pessoa de transacionar, sendo largamente compreendida como “os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles conceitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição para praticar atos da vida civil, tais como alienar, vender etc.” (Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 124).

160. *In verbis*: “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

bilidade corresponde a uma *construção teórica* que reproduz particular forma de compreensão do regime jurídico-administrativo – isto é: um modo de sistematizar suas normas, institutos e práticas. Embora princípios como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público sejam enaltecidos como dogmas do direito administrativo, é necessário colocá-los em questionamento e analisá-los imparcialmente, especialmente quanto à aplicabilidade prática de tais construções teóricas, pois resultam do trabalho intelectual de juristas, sem previsão normativa expressa.

Ao discorrer sobre a influência dos livros de referência no direito administrativo, Carlos Ari Sundfeld assim constata:

O mais que esses livros contêm é discurso, na Língua que identifica o administrativista e que ele usa para debater os casos novos. São ideias gerais, frases, expressões e palavras sobre o mundo da Administração Pública. É daí que os profissionais, independentemente do lado que defendam, tiram os argumentos para tentar convencer os outros a aceitarem suas conclusões. (...).¹⁶¹

Dessa forma, um ponto preliminar à análise do princípio da indisponibilidade do interesse público como impeditivo à celebração de acordos pela Administração está em verificar sua qualidade de efetivo princípio do direito administrativo. Está em compreender qual sua previsão normativa e qual sua extensão na prática do direito administrativo para respaldar ações administrativas e restringir práticas outras que impliquem disponibilidade do interesse público.

161. Carlos Ari Sundfeld, “Conversando sobre direito administrativo”, in *Direito Administrativo para Céticos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 20. Nessa mesma linha, o autor mostra que:

“Uma característica dos livros de referência, onde se aprendem as coisas básicas sobre qualquer área do Direito, é que o estilo oculta a sua principal função: a de *caixa de ferramentas*. O estilo é o da exposição sistemática, científica, em que classificações e conceitos se encadeiam, tudo pressupondo coerência e certeza. O Direito desses livros não comporta, em si, soluções opostas para uma mesma dúvida.

“Os alunos passam por isso tudo, fazem de conta que acreditam, mas, quando viram profissionais, o que querem desses livros são *argumentos*, para usar nos casos que têm de resolver ou discutir. Aí, as afirmações dos livros, devidamente extraídas e cortadas, viram ferramentas para resolver problemas pragmáticos, na medida do necessário” (ob. cit., p. 39).

Um dado relevante para essa ordem de discussão consiste na *contextualização* do princípio da indisponibilidade no cenário de amplo questionamento do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Se, conforme a vertente doutrinária preva-lente, o princípio da indisponibilidade decorre diretamente do princípio da supremacia, o momento de revisitação deste princípio afeta, por consequência, o princípio da indisponibilidade quanto ao seu conteúdo jurídico, bem como sua utilidade prática.

Na Parte I do estudo foi demonstrada a multiplicidade de entendimentos doutrinários sobre o conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público, que podem ser abarcados em quatro categorias: (i) indisponibilidade da finalidade legal; (ii) indisponibilidade do dever de agir da Administração; (iii) indisponibilidade de bens e serviços públicos; e (iv) indisponibilidade das competências administrativas (dentre elas, as prerrogativas públicas).

Analisar o princípio da indisponibilidade no tema da consensualidade predica também, preliminarmente, reconhecer a *imprecisão conceitual* em torno deste princípio. Sua fluidez gera uma dificuldade na aplicação prática do princípio, razão pela qual ele é recorrentemente empregado para fins retóricos, geralmente listado ao lado do princípio da supremacia.

As múltiplas significações da expressão “indisponibilidade do interesse público” evidenciadas na seara doutrinária implicam imprecisão conceitual do princípio, com sensível comprometimento de sua aplicabilidade prática, dada a impossibilidade de definição de limites e critérios de aplicação concretos e, acima de tudo, factíveis. Restringir a celebração de acordos administrativos pela invocação da indisponibilidade do interesse público mostra-se, assim, um descompasso, pois tanto os acordos administrativos podem ser uma forma de atingimento do interesse público quanto a indisponibilidade do interesse público carece de precisão material e previsão normativa.

Nega-se, portanto, a compreensão do princípio da indisponibilidade como um impeditivo da consensualidade na Administração Pública. O principal fundamento para tanto consiste na ausência de previsão normativa do princípio, seja para dispor sobre sua conceitualização jurídica, seja para obrigar a Administração Pública a se vincular ao princípio da indisponibilidade. Trata-se, efetivamente, de uma

construção teórica de limitado significado para a ação administrativa. Nessa medida, a imprecisão conceitual do princípio reforça a dificuldade prática em ser aplicado, corroborando a impossibilidade de o princípio em comento ser colocado como um impeditivo à atuação administrativa consensual.

Porém, ainda que se reconheça a existência do princípio da indisponibilidade no regime jurídico-administrativo, nenhuma das interpretações doutrinárias conferidas restringe a atividade consensual pela Administração.

O entendimento da indisponibilidade do interesse público como *indisponibilidade da finalidade legal* consiste na interpretação de maior sofisticação teórica, segundo a qual é o interesse público, e não a vontade do administrador, que direciona a atuação administrativa. Caberia ao gestor público tão somente explicitar o interesse público já estabelecido em lei formal e conformar a atividade administrativa de forma a satisfazer o interesse público depreendido do comando legal. Uma vez satisfeita a finalidade legal, o interesse público estaria, enfim, tutelado pela Administração Pública.¹⁶² Ocorre que a atuação administrativa consensual não confronta a exposta interpretação, principalmente porque os acordos administrativos não são antitéticos ao interesse público; por vezes correspondem à própria expressão do interesse público. Ademais, são os acordos administrativos instrumentos para satisfação das finalidades públicas, inclusive as finalidades setoriais (mais específicas, como a universalização no setor de telecomunicações), ao lado dos demais instrumentos compreendidos no regime administrativo, como os atos imperativos e unilaterais.

Quanto à segunda interpretação da indisponibilidade do interesse público – *indisponibilidade do dever de agir* pela Administração –, exige-se que a autoridade administrativa tome medidas para satisfazer o interesse público, de forma que sua inação, ou ação a destempo, seria uma transgressão ao princípio da indisponibilidade.¹⁶³ Novamente, a

162. Ao dispor sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público, Celso Antônio Bandeira de Mello assim sintetiza: “Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 30ª ed., p. 77).

163. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, cit., 2ª ed., p. 70.

consensualidade se coaduna com essa interpretação da indisponibilidade, na medida em que a consensualidade corresponde a uma forma juridicamente viável de a Administração Pública cumprir suas competências administrativas; isto é: a celebração de acordos administrativos não importa inércia ou demora da Administração em agir na defesa de finalidades públicas.

A *indisponibilidade de bens e serviços públicos*, que caracteriza a terceira concepção do princípio em pauta, não se aplica propriamente à temática da consensualidade conforme o recorte metodológico da consensualidade que este trabalho adota (negociação de prerrogativas públicas entre Administração Pública e administrado no âmbito do processo administrativo com vistas à celebração de acordos administrativos).¹⁶⁴ Onofre Alves Batista Jr., que se pauta nesta noção de princípio da indisponibilidade para tecer sua análise sobre transações administrativas e direitos disponíveis, indica que a disponibilidade de um específico interesse público no caso concreto não importa afronta ao princípio da indisponibilidade desde que haja expressa previsão legal para tanto e o resultado consensual seja mais eficaz ao atingimento do interesse público que o ato unilateral.¹⁶⁵

Por fim, o princípio da indisponibilidade é compreendido como *indisponibilidade das competências administrativas*, inclusive das *prerrogativas públicas*. No que tange às prerrogativas públicas o princípio da indisponibilidade do interesse público impediria a renúncia total ou parcial de seus poderes.¹⁶⁶ Em outros termos: as prerrogativas públicas, em princípio, não poderiam ser afastadas no caso concreto, devendo ser obrigatoriamente utilizadas no desenvolvimento da atividade administrativa, para satisfação do interesse público.

164. Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 9ª ed., p. 68.

165. Onofre Alves Batista Jr., *Transações Administrativas. Um Contributo ao Estudo do Contrato Administrativo como Mecanismo de Prevenção e Terminação de Litígios e como Alternativa à Atuação Administrativa Autoritária, no Contexto de uma Administração Pública Mais Democrática*, cit., p. 510.

166. Conforme Hely Lopes Meirelles: “Dele [*princípio da supremacia do interesse público*] decorre o *princípio da indisponibilidade do interesse público*, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, como representante da coletividade, e, por isso, só ela, pelos seus representantes eleitos, mediante lei, poderá autorizar a indisponibilidade ou a renúncia” (*Direito Administrativo Brasileiro*, cit., 39ª ed., p. 110).

Tida até então como princípio implícito no ordenamento jurídico, a indisponibilidade do interesse público passou a ter expressa previsão normativa, segundo uma corrente doutrinária, com o advento da Lei 9.784, em 29.1.1999 – a lei federal de processo administrativo.¹⁶⁷ Seu substrato normativo corresponderia ao art. 2º, parágrafo único, II, de seguinte redação:

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...); II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; (...).

A interpretação conferida ao transcrito preceito legal se atém fundamentalmente à expressão “renúncia total ou parcial de poderes ou competências”. A lei de processo administrativo proibiria ao administrador público deixar de utilizar os poderes públicos, sob pena de comprometimento dos ditos fins de interesse geral. Além dos expostos desdobramentos, o preceito vedaria a inação e a ação insuficiente ou imprópria da Administração.

Contudo, o alcance do termo “renúncia” parece ser mais limitado. Deixar de empregar as prerrogativas públicas no caso concreto não necessariamente acarreta renúncia; desde que devidamente motivado o afastamento das prerrogativas públicas em cada situação concreta, acautelando-se para que a prática não se torne hábito típico de “desobediência civil”, a atuação administrativa pode prescindir das prerrogativas públicas.

Depreende-se do preceito legal, que a Administração Pública não pode *declinar de seus poderes*.¹⁶⁸ À Administração Pública seria defeso (i) *renegar* peremptoriamente as prerrogativas por meio de declaração em qualquer instrumento jurídico cabível ou (ii) deixar de empregar *imotivadamente* as prerrogativas quando do desenvolvi-

167. Cf. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, cit., 12ª ed., p. 18.

168. Segundo Manuel María Díez, “puede ocurrir que el titular puede ejercerlas [potestades] o no, pero la pérdida no depende de su voluntad. Podrá renunciarlas en algunos casos, mas no con referencia a su competencia general, sino respecto a algunas condiciones o cualidades que determinan ciertas atribuciones particulares” (*De-recho Administrativo*, Buenos Aires, Omeba, 1963, p. 216).

mento da atividade administrativa, qualquer que seja sua forma (basicamente, ato ou contrato administrativo). Esse tema também voltará à análise, adiante.

Conforme analisado na Parte I do estudo, as prerrogativas públicas são eminentemente *instrumentais*, o que significa dizer que elas consistem em instrumentos de trabalho colocados à disposição da Administração Pública para viabilizar ou otimizar a ação administrativa para satisfação das finalidades públicas. Enquanto tradução do poder administrativo, há um esforço doutrinário de legitimação das prerrogativas públicas pela sua afetação à tutela do interesse público, à garantia da supremacia do interesse público ou à melhor consecução dos fins públicos pela Administração. As prerrogativas públicas seriam, assim, instrumentos de tutela do interesse público, garantia da supremacia do interesse público e da eficiência administrativa.

O caráter de instrumentalidade das prerrogativas públicas implica reconhecer na esfera de discricionariedade a faculdade de a Administração recorrer ou não às prerrogativas para satisfazer determinada finalidade de ordem pública. Por serem meros instrumentos de trabalho voltados ao alcance dos mencionados fatores de legitimação, questionáveis, como visto, é plenamente admissível que no caso concreto a Administração deixe de utilizar as prerrogativas públicas ou, ainda, as utilize de diferentes formas, inclusive de forma integrativa com o administrado. O “privilegio” que as prerrogativas públicas determinam consiste na possibilidade de a Administração Pública, ao contrário dos particulares, poder contar com essas faculdades exorbitantes.

No exemplo da prerrogativa sancionatória, um órgão ou ente da Administração Pública pode deixar de aplicar determinada sanção administrativa ou, ainda, findar consensualmente o processo sancionador, na medida em que a potestade sancionadora é meramente instrumental às finalidades públicas. Tais finalidades públicas, onde não está compreendida a suposta finalidade repressora do Estado, podem ser satisfeitas de diversas maneiras pelo Poder Público, desde por meio de mecanismos notadamente imperativos até por mecanismos outros consensuais, nos quais se evidenciam a concertação administrativa e a posterior celebração de acordo integrativo ou substitutivo no âmbito do processo administrativo. Cabe à Administração decidir de forma fundamentada a ação administrativa, no âmbito do processo

administrativo e com a exposição da escolha deste modo de agir em detrimento de outros.

Não se trata de endossar a máxima “os fins justificam os meios”, mas de asseverar que a gestão pública é complexa e rica em variáveis, de forma que devem ser superadas barreiras teóricas que por tradição repousam no direito administrativo brasileiro para que técnicas mais eficientes de administração e, mesmo, mais proporcionais possam efetivamente interagir na dinâmica da ação administrativa. Dentre tais barreiras, ao lado dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, lista-se o argumento de que a Administração deve necessariamente empregar suas prerrogativas públicas. Inexiste qualquer previsão em abstrato que obrigue a Administração a fazer uso de suas prerrogativas públicas, razão pela qual, a princípio, as prerrogativas podem ser dispostas no caso concreto sem que a Administração incorra em renúncia de suas competências administrativas. Não, porém, nos casos de vinculação, quando a norma impuser a obrigatoriedade de uso das prerrogativas públicas ou se a norma vedar a atuação consensual.¹⁶⁹

Dessa forma, as múltiplas significações da expressão “indisponibilidade do interesse público” evidenciadas na seara doutrinária implicam a imprecisão conceitual do princípio, com sensível comprometimento de sua aplicabilidade prática, dada a impossibilidade de definição de limites e critérios de aplicação concretos e, acima de tudo, factíveis. Restringir a celebração de acordos administrativos pela invocação da indisponibilidade do interesse público mostra-se, assim, um descompasso, pois tanto os acordos administrativos podem ser uma forma de atingimento do interesse público quanto a indisponibilidade do interesse público carece de precisão material e previsão normativa.

Mais relevante que determinar se o princípio da indisponibilidade restringe a atuação administrativa consensual é tentar estabelecer os objetos que podem ser transacionados pela Administração Pública.¹⁷⁰

169. É a hipótese do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992 (lei de improbidade administrativa), *in verbis*: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

170. As hipóteses em que a Administração Pública pode transacionar relacionam-se ao princípio da legalidade (cf. item 4.2).

Ainda dentro do debate sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a atuação administrativa consensual, poderia ser delimitado o campo da consensualidade a partir da dicotomia *interesses públicos primários/interesses públicos secundários*, que correspondem, respectivamente, aos interesses da coletividade e aos interesses individuais do Estado, como pessoa jurídica de direito público.¹⁷¹ Sendo os interesses públicos secundários instrumentais à satisfação dos primários, poder-se-ia argumentar que a consensualidade apenas incidiria sobre os interesses públicos secundários; se os interesses públicos primários fossem objeto de acordos administrativos haveria disponibilidade do interesse público.

A dificuldade do exposto entendimento para determinar o âmbito da consensualidade no direito administrativo está na ausência de critério objetivo que permita diferenciar o interesse público primário do secundário. O cenário de fragmentação social enseja uma pluralidade de interesses, que não permite reconhecer a natureza pública ou privada dos interesses levados à Administração para arbitramento ou composição. Assim, não é possível estabelecer o campo da consensualidade com base na dicotomia interesses públicos primários/interesses públicos secundários – interpretação, essa, que também pode ser estendida à dicotomia *atos de império/atos de gestão*.

A classificação dos atos administrativos em atos de império e atos de gestão se origina no Conselho de Estado francês com a finalidade de diferenciar atos regidos pelo direito administrativo daqueles outros disciplinados pelo direito privado, para, assim, estabelecer a competência do Conselho de Estado.¹⁷² Essa classificação, da mesma forma

171. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 30ª ed., p. 65-67.

172. José Cretella Jr. descreve uma origem política da classificação dos atos administrativos em atos de império e atos de gestão. Após a Revolução Francesa, diversas ações de indenização foram ajuizadas contra o Estado para ressarcimento dos prejuízos decorrentes do exercício do poder de polícia. “Nessa difícil conjuntura econômico-político-jurídica, auxiliado pelos doutrinadores, o Legislativo elaborou, como remédio de equilíbrio social, em caráter de urgência, um preceito legal, de construção puramente cerebrina, feito sob medida para o caso, por meio do qual era vedado ao Judiciário tomar conhecimento dessas demandas, visto faltar-lhe competência *ratione materiae*. (...) Desse modo, contrariando o brocardo *nemo iudex in sua causa potest*, a Administração, parte e juiz da contenda, passou a decidir como lhe convinha, não reconhecendo o direito dos prejudicados e julgando conforme o inte-

que significativa parcela dos institutos e entendimentos do direito administrativo francês, foi transplantada ao Brasil, e teve razoável recepção até que a prática demonstrou a dificuldade em apartar os atos de organização administrativa daqueles imbuídos de imperatividade que repercutem sobre a esfera de direitos dos administrados, respectivamente atos de gestão e atos de império. Some-se a isso a unidade de jurisdição recepcionada pela Constituição de 1988, o que torna inócua no Brasil a dicotomia atos de gestão/atos de império, há muito já reconhecida pela doutrina administrativista.¹⁷³ Tendo em vista essas considerações, é errôneo afirmar que a Administração pode transacionar nas situações que envolvam atos de gestão, enquanto a consensualidade estaria vedada nas hipóteses que ensejem a prática de atos de império pela Administração Pública.

Outro critério que poderia ser indicado para estabelecer em quais situações a Administração Pública poderia transacionar sem incorrer em indisponibilidade do interesse público corresponde aos *direitos patrimoniais disponíveis*, nos termos do já mencionado art. 1º da Lei 9.307/1996. A par da má redação legislativa, pela estipulação da arbitralidade objetiva a partir do impreciso termo “disponível”, a mencionada expressão alude aos direitos com expressão pecuniária que sejam regidos por regime jurídico peculiar que determina procedimentos específicos para serem manejados, afastando-se o regime comum, como é o caso dos bens públicos afetados e dos direitos de personalidade. Nesses casos exige-se previsão normativa também específica para que bens e direitos dessa natureza possam ser transacionados.

No entanto, o critério do direito patrimonial disponível é limitado, aplicando-se somente em pontuais casos de arbitragem envolvendo a

resse do Estado Francês” (José Cretella Jr., *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 204). Como medida de garantia das ações estatais implementadas pelos revolucionários franceses, a dicotomia atos de império/atos de gestão contribuiu para que apenas estes pudessem ser apreciados pelo Poder Judiciário, com reserva de competência do Conselho de Estado para decidir sobre conflitos relacionados aos atos de gestão, nos quais a Administração atua em semelhança aos particulares.

173. “A distinção em atos de império e atos de gestão é, entretanto, infundada, e não abrange todos os que a Administração pratica. Não há uma linha divisória nítida que separe as duas pretendidas categorias. É certo que a maior parte dos atos praticados pela Administração nem se enquadra na primeira, nem na segunda delas” (Mário Masagão, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, p. 170).

Administração Pública. Nos demais instrumentos consensuais tal critério não se aplica, porque, além de ser deveras restritivo da potencialidade da atuação administrativa consensual, ele se mostra inviável nas situações de negociação das prerrogativas públicas, como nos acordos integrativos e substitutivos ou, mesmo, na arbitragem nas concessões, cujas Leis 8.987/1995 e 11.079/2004 não exigem o critério do direito patrimonial disponível, sendo a arbitragem cabível em qualquer conflito decorrente ou relacionado ao contrato.

Nesse contexto, em alguns artigos são apresentadas tentativas de compatibilização da atividade consensual da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ao tratar do tema da transação judicial envolvendo o Poder Público, Carlos Alberto Sobral de Souza indica que os seguintes elementos devem ser observados para que o acordo judicial seja válido: a Administração Pública deve necessariamente figurar como contratante na ação judicial, a transação cabe apenas em juízo após parecer favorável do Ministério Público, o acordo deve ser homologado pelo juiz da Vara da Fazenda Pública e, ainda, a Administração deve observar os princípios do art. 37, *caput*, da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), bem como os princípios da continuidade do serviço público, da proporcionalidade, da razoabilidade, da motivação e da isonomia.¹⁷⁴ Sobre a mesma questão, Maurício Cramer Esteves dispõe ser cabível a transação administrativa no âmbito judicial quando houver decisão de primeiro grau condenatória e o valor da causa não exceder a 30 salários-mínimos – valor, esse, que corresponde ao limite para dispensa de expedição do precatório.¹⁷⁵ Ainda, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes defende a transação se esta se fundamentar em parecer jurídico favorável e a conclusão do parecer demonstrar a impossibilidade ou a remota possibilidade êxito do recurso nas instâncias superiores.¹⁷⁶

As teses apresentadas demonstram a imprecisão conceitual sobre o conturbado tema da consensualidade administrativa. Embora o ponto comum das orientações reproduzidas seja a transação de direitos patri-

174. Carlos Alberto Sobral de Souza, “Da transação e da indisponibilidade do interesse público”, cit., *Fórum Administrativo* 8/1.046.

175. Maurício Cramer Esteves, “Da possibilidade e dos limites da transação em processos judiciais por parte do Poder Público municipal”, *Interesse Público* 38/300, Belo Horizonte, Fórum, julho-agosto/2006.

176. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “Acordos administrativos e judiciais”, cit., *Fórum Administrativo* 59/6.681 e ss.

moniais pela Administração Pública em juízo, nota-se a profunda divergência dos posicionamentos. A pergunta de fundo, porém, remanesce: sobre o quê a Administração Pública está autorizada a transacionar?

Determinados objetos, por estarem diretamente relacionados com a atividade negocial da Administração Pública, são afirmados com maior margem de conforto como transacionáveis. Trata-se daqueles objetos que podem ser compreendidos na *atividade privada da Administração*, a qual a lei do mandado de segurança (Lei 12.016/2009) designou “atos de gestão comercial”.

Novamente está-se diante de má redação legislativa, na medida em que a nomenclatura “atos de gestão” remete à superada dicotomia atos de império/atos de gestão e, assim, pouco esclarece acerca do cabimento do mandado de segurança. Na verdade, ela dificulta o reconhecimento do aspecto mais relevante – o *regime de direito privado* – a que o legislador atribuiu valor para delimitar os atos contra os quais o mandado de segurança constitui remédio constitucional adequado para garantia dos direitos. Dessa forma, a consensualidade (tomada aqui em sentido amplo) pode abranger os atos da Administração Pública regidos pelo direito privado, como os acordos de acionistas nas sociedades de economia mista. Também os litígios relacionados aos contratos administrativos podem, de acordo com essa justificativa, ser transacionados pela Administração Pública.

O ponto de divergência coloca-se, no entanto, nas situações em que o ato administrativo a ser proferido no processo administrativo for regido por normas de direito público, o que acarreta a incidência de princípios e institutos próprios de direito administrativo, como os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Ademais, nestas situações coloca-se a questão da obrigatoriedade do exercício das prerrogativas públicas para satisfação das finalidades públicas e, conseqüentemente, da possibilidade de a Administração negociar o modo de manejá-las.

Característica do direito administrativo é a ampla consensualidade, o que não afasta a necessidade de estabelecimento de limites à atividade consensual da Administração Pública. Dessa forma, a ordem mais adequada para trabalhar a viabilidade de a Administração transacionar não é propriamente a identificação do objeto da consensualidade, mas, sim, o que não pode ser transacionado pela Administração.

A princípio não há objeto que não possa ser transacionado no âmbito do direito administrativo, ressalvados os casos em que por expressa previsão normativa seja defeso à Administração negociar sobre determinado direito,¹⁷⁷ como no exemplo já mencionado da lei de improbidade administrativa. Mesmo as prerrogativas públicas, em especial a prerrogativa imperativa, podem ser negociadas pela Administração com os administrados diretamente interessados no provimento final, dado o correspondente caráter instrumental. Segundo Luciano Parejo Alfonso:

O sentido desta regra de modo algum pode ser vinculado ao velho dogma da insusceptibilidade da negociação sobre o objeto da potestade administrativa, sob pena de incorrer no absurdo da contradição total com o resto da regulação de que toma parte, com o resultado de inutilização absoluta desta. A introdução da figura da terminação consensual supõe a admissão da negociação sobre o objeto das potestades administrativas: a definição no caso do interesse público concreto.¹⁷⁸

Direitos pecuniários, potestade sancionadora e atos de autorização são, portanto, exemplos de objetos plenamente transacionáveis pelo Poder Público. Essa interpretação mostra-se plausível na medida

177. “Por tanto, la regla en cuestión no viene sino a excluir como objeto lícito de los actos administrativos consensuales aquella concreta materia que, conforme a su regulación jurídica (cuya densidad, es decir, grado de desarrollo, puede ser variable), resulte, expresa o implícitamente, insusceptible de negociación y acuerdo. Dicho positivamente, delimita como objeto lícito aquéllas materias cuya regulación jurídica ni prohíba expresamente, ni deba entenderse – en sede interpretativa y por sus mismas características – que excluye la forma alternativa a la actividad unilateral de que se trata” (Luciano Parejo Alfonso, “Los actos administrativos consensuales en el Derecho Español”, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* 13/31-32, Belo Horizonte, Fórum, julho-setembro/2003).

178. No original: “El sentido de esta regla en modo alguno puede ser vinculado al viejo dogma de la insusceptibilidad de la negociación sobre el objeto de la potestad administrativa, so pena de incurrir en el absurdo de la contradicción total con el resto de la regulación de que forma parte, con resultado de la inutilización absoluta de ésta. La introducción misma de la figura de la terminación convencional supone la admisión de la negociación sobre el objeto de las potestades administrativas: la definición en el caso del interés público concreto” (Luciano Parejo Alfonso, “Los actos administrativos consensuales en el Derecho Español”, cit., *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional* 13/30).

em que o princípio da indisponibilidade do interesse público não caracteriza impeditivo à atuação administrativa consensual, conforme demonstrado neste trabalho.

Ocorre que o critério da natureza jurídica do objeto não é adequado para lidar com os fundamentos e limites da atuação administrativa consensual. Primeiramente, não há como identificar quais seriam os direitos transacionáveis e quais seriam os outros direitos impedidos de negociação pela Administração. Por outro lado, qualquer que seja o critério adotado para tanto, a correspondente metodologia para delimitar o campo da consensualidade na Administração Pública carece de objetividade para diferenciar os objetos transacionáveis dos demais. A forma mais adequada de se trabalhar o tema da consensualidade é, portanto, por meio do estudo da legalidade, mais especificamente da verificação sobre se a atuação administrativa consensual estaria compreendida no conceito de reserva legal – o que será oportunamente retomado no Capítulo 4.

No que tange ao objeto da consensualidade – aspecto enfrentado neste item do trabalho –, importa salientar que o princípio da indisponibilidade do interesse público não consiste em óbice jurídico à atuação administrativa consensual, pois dito princípio não encontra amparo normativo, razão pela qual não pode ser considerado fundamento jurídico válido para restringir a consensualidade na Administração Pública. A princípio a atuação administrativa consensual pode envolver qualquer objeto do direito administrativo, ressalvadas as vedações legais ou, ainda, os casos de vinculação administrativa.

Capítulo 3

MODELO DE CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

3.1 Itinerário da abertura normativa aos instrumentos consensuais no direito administrativo brasileiro: 3.1.1 O estágio inicial: acordos ambientais e desapropriação amigável – 3.1.2 A consensualidade como pauta da reforma processual – 3.1.3 Exemplos precursores: acordos administrativos na CVM e no CADE: 3.1.3.1 Os termos de compromisso de cessação no CADE – 3.1.3.2 Os termos de compromisso na CVM – 3.1.4 Agências reguladoras e a regulação consensual – 3.1.5 Proliferação da consensualidade: previsão normativa de novos acordos administrativos. 3.2 Há um modelo de consensualidade no direito administrativo brasileiro? 3.3 Os instrumentos consensuais previstos no direito administrativo brasileiro: 3.3.1 Os diferentes critérios doutrinários para compreensão da consensualidade e dos instrumentos consensuais: 3.3.1.1 Consensualidade em sentido amplíssimo – 3.3.1.2 Consensualidade em sentido amplo: (a) Acordos intragovernamentais – (b) Contratos administrativos – (c) Acordos mediados ou métodos alternativos de resolução de conflitos – (d) Ajustes de conduta – (e) Acordos de gestão – 3.3.1.3 Consensualidade em sentido estrito: (a) Acordos integrativos – (b) Acordos substitutivos – 3.3.2 Métodos alternativos de resolução de conflitos.

A identificação do modelo de consensualidade recepcionado pelo direito administrativo brasileiro passa pela investigação das normas que prevejam os instrumentos da atuação administrativa consensual. Como diretriz primeira da atuação administrativa, a legalidade determina que a análise do exercício das competências pela Administração tome como necessário objeto de estudo o plano normativo.

Tentarei construir a abertura do direito administrativo à consensualidade por meio da análise do movimento de ampliação dos acordos administrativos no plano normativo. O trabalho consistirá na sistematização temporal dos acordos administrativos que paulatinamente

foram positivados, na qual será possível verificar momentos de maior abertura normativa à consensualidade, assim como setores mais receptivos aos mecanismos consensuais.

Objetivo neste item descrever o movimento de abertura do direito administrativo à consensualidade pela indicação temporal das normas consensuais que passaram a integrar o ordenamento jurídico, assim como assinalar o estágio da atuação administrativa concertada no Brasil. Dessa forma, a investigação da consensualidade no plano normativo vai além de situar o debate internacional no Brasil, pois que voltada à sistematização da disciplina normativa brasileira da consensualidade. Trata-se de esforço eminentemente descritivo, que busca a identidade própria do fenômeno da consensualidade no Brasil, com suas principais características. Somente com o cumprimento desta etapa preliminar de construção do panorama nacional da consensualidade haverá subsídios suficientes para discussões teóricas mais aprofundadas sobre o tema.

3.1 Itinerário da abertura normativa aos instrumentos consensuais no direito administrativo brasileiro

3.1.1 O estágio inicial:

acordos ambientais e desapropriação amigável

Conforme já se assinalou ao longo do trabalho, a consensualidade não é fenômeno recente no direito administrativo brasileiro, como comprova o instituto da desapropriação amigável, previsto no Decreto-lei 3.365/1941, que disciplina o processo de desapropriação ordinária.¹ Segundo seu art. 10, *caput*, o acordo celebrado entre Administração expropriante e expropriado quanto ao valor da indenização prévia e justa finda o processo de desapropriação, resultando na aquisição originária da propriedade pela Administração. No entanto, caso as partes não cheguem a um consenso sobre o valor da indenização, a Administração poderá ajuizar ação de desapropriação para ar-

1. Decreto-lei 3.365/41, art. 10, *caput*: "A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de 5 (cinco) anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido 1 (um) ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração".

bitramento judicial, no prazo de cinco anos a partir da expedição do decreto expropriatório.

Além do acordo administrativo disciplinado no art. 10, *caput*, o Decreto-lei 3.365/1941 ainda autoriza a transação judicial no processo de desapropriação acerca do preço em seu art. 22. Assim, se as partes acordarem sobre o preço, o juiz encerrará o processo judicial com sentença homologatória proferida no despacho saneador.

De se notar que até a década de 1980, porém, as normas dispositivas de acordos entre Administração Pública e administrados eram pontuais, resumindo-se à mencionada desapropriação amigável administrativa ou judicial e ao Decreto 94.764/1987 na matéria ambiental.²

O Decreto 94.764/1987 alterou a lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) e a lei de Estações Ecológicas e Área de Proteção Ambiental (Lei 6.902/1981), para que ambas passassem a prever a possibilidade de a autoridade ambiental competente para aplicar sanção de multa celebrar termo de compromisso com o infrator, por meio do qual a multa poderia ser reduzida em até 90% do seu valor original. Para tanto, este se comprometeria a adotar medidas específicas para "cessar e corrigir a degradação ambiental".

Conforme se verifica, não há substituição da multa pela via do acordo, mas, sim, a disciplina do exercício da prerrogativa sancionatória pela autoridade ambiental, a qual a emprega de forma menos incisiva, mediante o cumprimento das obrigações cominadas bilateralmente ao infrator. Está-se, portanto, diante de um acordo integrativo: o ato imperativo e unilateral, que se mantém, é conformado por medidas consensuais voltadas a resultados outros que não a repressão do infrator, como a cessação e a recomposição da área degradada.

Apesar da importância desse primeiro momento de positivação da consensualidade, deve-se salientar que esse movimento foi bastante limitado, pois restrito a dois decretos, que não disciplinavam de forma pormenorizada os acordos administrativos neles previstos. Pelo contrário, tais normas se limitavam a legitimar a Administração Pública a celebrá-los.

O panorama muda significativamente na década de 1990, quando se verifica a efetiva abertura normativa à consensualidade por

2. O Decreto 94.764/1987 foi revogado pelo Decreto 99.274/1990.

duas vertentes: aumento quantitativo da previsão dos acordos administrativos e ampliação do rol de setores cujas disciplinas jurídicas passaram a prever a atuação administrativa consensual. Embora esse processo seja intensificado a partir da primeira metade de 2000, notadamente por conta do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras para construir seu arcabouço regulatório, é certamente no período da década de 1990 que o plano normativo do direito administrativo sinaliza a ascensão da consensualidade no exercício da função administrativa.

3.1.2 A consensualidade como pauta da reforma processual

A efetiva abertura normativa à consensualidade inicia-se na década de 1990, com o aumento das normas dispositivas dos acordos celebrados pela Administração Pública, sejam eles administrativos, sejam eles judiciais. Some-se ao quadro a dispersão da previsão da atuação administrativa consensual, não mais restrita às matérias de desapropriação e ambiental, mas presente também em outros setores, como o antitruste e o de mercado de capitais.

Advirta-se, porém, que a crescente previsão normativa dos instrumentos consensuais noticiada nesse período não foi fato isolado ao direito administrativo. Para compreender o movimento de abertura normativa à consensualidade faz-se necessário contextualizar o aumento da previsão dos acordos administrativos dentro de um cenário nacional maior, marcado pelo amplo debate em torno da celeridade e da eficácia do processo.

De fato, a recorrente preocupação com a eficácia dos provimentos ganha força na década de 1990 e se projeta como relevante pauta de alteração de leis processuais civis, penais e administrativas. Tomada em sentido amplo, a consensualidade passou a ser considerada como mecanismo de promoção das almejadas celeridade e eficácia das decisões processuais, e, nessa medida, determinou diversas reformas legislativas para positivação de termos de compromisso, termos de ajustamento de conduta, mediação, conciliação e arbitragem.

A Lei 9.099/1995, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais, pode ser apontada como o exemplo mais representativo dos debates

que se intensificaram na década de 1990 em torno da funcionalidade do processo.³

Com a finalidade de conferir agilidade ao trâmite processual,⁴ a Lei 9.099/1995 determinou um desenho processual simplificado, próprio para lidar com as causas cíveis de menor complexidade e as infrações penais de menor potencial ofensivo.⁵ Prazos reduzidos, facultatividade da assistência jurídica por advogado em determinadas hipóteses, execução imediata e proibição da intervenção de terceiros são algumas das principais estratégias processuais empregadas na Lei 9.099/1995 com vistas à redução do tempo de trâmite de lides consideradas simples pelo legislador. Ao lado destas peculiaridades processuais, a lei dos Juizados Especiais também apostou em dois instrumentos potenciais à promoção da economia processual, quais sejam: a *conciliação* e a *transação penal*.

No que tange aos Juizados Especiais Cíveis, o art. 21 da Lei 9.099/1995 impõe ao juiz o dever de apresentar as vantagens da conciliação às partes em litígio quando da abertura da sessão de julgamento, antes de proferir a sentença. Ademais, a lei determina amplo manejo da conciliação, a qual pode ser conduzida por juiz togado ou leigo, assim como por um conciliador orientado por aquele (art. 22).

A transação penal, instrumento consensual próprio dos Juizados Especiais Criminais, é prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995, podendo

3. Ao analisar os efeitos da criação dos Juizados Especiais Criminais pela Lei 9.099/1995, Márcio Franklin Nogueira assim considera sobre a projeção da consensualidade no processo penal: "Com a edição da Lei 9.099/1995 o sistema jurídico brasileiro abriu-se às posições e tendências contemporâneas por uma concreta efetivação da norma penal. Embora mantendo o princípio da legalidade como norte do sistema processual penal, abriu-se espaço ao princípio da oportunidade e ao consenso. Instaurou-se no Direito Brasileiro um novo tipo de Justiça Criminal, dita 'de consenso', ou 'negociada'" (*Transação Penal*, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 111-112).

4. A proposta de celeridade processual fica evidente no art. 2º da Lei 9.099/1995, de seguinte redação: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação".

5. São consideradas "causas cíveis de menor complexidade", nos termos do art. 3º da Lei 9.099/1995, aquelas cujo valor não exceda a 40 vezes o salário-mínimo, as listadas no art. 275, II, do CPC, a ação de despejo para uso próprio e as ações possessórias sobre bens imóveis envolvendo a quantia de até 40 salários-mínimos. Por sua vez, as "infrações penais de menor potencial ofensivo" correspondem às contravenções penais e aos crimes com pena privativa de liberdade máxima de 2 anos (art. 61).

ser proposta pelo Ministério Público no início do processo penal com a finalidade de encerrar, pela via do acordo, o processo, com economia de tempo e de custos. A lei dos Juizados Especiais restringe o conteúdo destes acordos à substituição do procedimento penal pela aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multas, com limitada discricionariedade, evidenciada somente na especificação da proposta unilateral pelo Ministério Público. Uma vez aceita a proposta, o processo conduzido no âmbito dos Juizados Especiais Criminais se encerra, sem importar reincidência ou registro nos antecedentes criminais.⁶

Posteriormente os instrumentos consensuais *conciliação* e *transação judicial* passaram a ter sede constitucional com a edição da Emenda Constitucional 22/1999, que acrescentou parágrafo único ao art. 98 da CF para determinar a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.⁷ Como resultado da constitucionalização desses acordos judiciais pode-se mencionar a ascensão do debate em torno da celeridade processual e seus mecanismos correlatos ao nível constitucional, especialmente os consensuais, até então circunscritos à esfera infraconstitucional.

Em 2001 foi editada a Lei 10.259, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, com aplicação subsidiária dos dispositivos da Lei 9.099/1995. A “Exposição de Motivos”

6. As únicas limitações da transação penal foram fixadas pela própria Lei 9.099/1995, em seu art. 76, § 2º. De acordo com o preceito legal, a transação penal não poderá ser celebrada nas hipóteses em que o réu tenha sido condenado por sentença definitiva à pena privativa de liberdade ou tenha celebrado acordos judiciais penais nos últimos cinco anos ou em que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como as circunstâncias de fato, não ensejarem a proposta de transação penal. Como se nota, embora a transação penal possa formalmente ser compreendida como acordo judicial paritário, a dinâmica de decisão estabelecida pela Lei 9.099/1995 dá continuidade à verticalidade das ações negociadas do Estado, dado que a proposta unicamente pode ser apresentada pelo Ministério Público e seus termos são estipulados unilateralmente pelo ente, cabendo ao réu somente aceitar ou rechaçar os termos da transação penal.

7. A Emenda Constitucional 45/2004 conferiu nova redação e numeração ao art. 98 da CF. De acordo com a atual redação do art. 98, “a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a *conciliação*, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a *transação* e o julgamento de recursos por Turmas de juízes de primeiro grau; (...)” (grifei).

da referida lei demonstra, além da forte influência que a Lei 9.099/1995 exerceu para sua criação, novamente a preocupação com a celeridade processual e, conseqüentemente, com os mecanismos propulsores de procedimentos hábeis a conferir rápida resposta à sociedade.⁸ Importa ressaltar que o parágrafo único do art. 10 dessa lei autoriza a Administração Pública Federal direta e indireta a conciliar, transigir ou desistir nos processos julgados nos Juizados Especiais Federais.

Outro dado significativo a respeito das alterações legislativas motivadas pelos debates sobre a consensualidade em sentido amplo, na qualidade de mecanismo de eficiência processual, concerne à edição de sucessivas leis que modificaram o Código de Processo Civil com a finalidade de inserir na prática processual civil instrumentos negociais ou lapidar sua utilização. Dessa forma, a Lei 8.952/1994, a Lei 8.953/1994 e a Lei 9.245/1995 determinaram o tratamento mais minucioso da conciliação pelo Código de Processo Civil, ao passo que a Lei 9.307/1996 determinou a modificação e a inclusão de diversos preceitos relativos à arbitragem.

Também o processo judicial envolvendo a Administração Pública sofreu influxo da consensualidade. No que tange às transações judiciais, saliente-se que a relativamente forte previsão de acordos celebrados pela Administração Pública no âmbito do processo judicial se deve em grande medida à edição, no ano de 1991, da Lei 8.197, que disciplinava a transação judicial envolvendo a Administração Federal direta e indireta, nos seguintes termos:

Art. 1º. Os representantes judiciais da União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais poderão transigir para terminar o litígio, nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil Cruzeiros), em que interessadas essas entida-

8. Vale transcrever a seguinte passagem da “Exposição de Motivos” da Lei 10.259/2001: “A Emenda Constitucional n. 22, de 1999, acrescentou parágrafo único ao art. 98 da Magna Carta com o propósito de que lei federal disponha sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, de modo que as lides de menor potencial econômico ou ofensivo possam ser resolvidas rapidamente com maior agilidade e baixo custo, fazendo com que a primeira instância federal siga o exemplo da bem-sucedida experiência dos Juizados Especiais Estaduais, criados pela Lei n. 9.099/1995”.

des na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

A Lei 8.197/1991 correspondeu ao primeiro permissivo genérico à celebração de acordos judiciais pela Administração Pública Federal. Excetuadas as causas de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, à Administração Federal era autorizada a transação judicial em qualquer processo cujo valor da causa fosse inferior ao teto legal. A sentença homologatória da transação judicial condicionava-se apenas à manifestação do Ministério Público.

Essa lei foi expressamente revogada em 1997 pela Lei 9.469, resultado de conversão da Medida Provisória 1.567-6/1997, que passou a disciplinar de forma mais técnica a transação judicial envolvendo a Administração Federal, além da não propositura de ações e a não interposição de recursos.⁹ A Lei 9.469/1997 regulamenta a Lei Complementar 73/1993, que dispõe sobre a Advocacia-Geral da União, a qual prevê dentre as competências do Advogado-Geral da União “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União” (art. 4º, VI). Novamente se está diante de permissivo genérico conferida pelo legislador a parcela da Administração Federal legitimidade para adotar a consensualidade em sentido amplo.

Pela redação original da Lei 9.469/1997 o Advogado-Geral da União e os dirigentes de autarquias, fundações e empresas públicas estavam legitimados a transacionar em juízo causas cujo valor máximo correspondesse a R\$ 50.000,00. Causas com valores superiores ao teto poderiam também ser transacionadas, desde que mediante prévia e expressa autorização do ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República da pasta ou, ainda, da autoridade máxima da autarquia, fundação ou empresa pública.

9. Art. 1º, redação original: “O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil Reais), a não propositura de ações e a não interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para a cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil Reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições estabelecidas”.

Com a alteração procedida pela Medida Provisória 449/2008 e, na sequência, pela Lei 11.941/2009, foi conferido tratamento mais rigoroso aos acordos judiciais disciplinados pela Lei 9.469/1997. De acordo com a atual redação do texto legal em análise, apenas o Advogado-Geral da União e os dirigentes das empresas públicas federais podem celebrar acordo judicial em causas de valor até R\$ 500.000,00. Conforme se verifica, houve sensível diminuição dos legitimados para transacionar em juízo, mas, em contrapartida, o teto do valor da causa se elevou. Com relação à transação envolvendo causas de valor superior ao referido teto exige-se prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e de uma das seguintes autoridades: “do ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União” (art. 1º, § 1º). Esta exigência de controle não se estende às empresas públicas não dependentes, bastando a elas prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990 –, a Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, passou a contar com um permissivo genérico à celebração de compromissos de ajustamento de conduta¹⁰ em seu art. 5º, § 6º, nos seguintes termos:

Art. 5º. (...).

§ 6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Trata-se de relevante inovação normativa, que viabiliza a celebração de acordos pela Administração Pública direta e indireta sem se limitar à esfera judicial – pelo contrário, sua importância está em au-

10. O termo de ajustamento de conduta/TAC foi originalmente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente/ECA.

torizar a Administração a atuar de forma concertada fora do âmbito do Poder Judiciário, mediante termos de ajustamento de conduta/TACs.¹¹

Analisando os instrumentos judiciais mencionados, que denotam a consensualidade – tomada aqui em sentido amplo –, pode-se constatar a preocupação comum em torno da eficácia do processo, sintetizada na maioria das normas na celeridade dos provimentos jurisdicionais. Assim, os institutos negociados se afirmaram na esfera processual para atender a uma necessidade eminentemente prática de conferir eficiência ao processo, constituindo-se em efetivas válvulas de escape às disfuncionalidades do processo judicial, principalmente aquelas relacionadas aos fatores *tempo e custos*.

Ademais, paralelamente à questão da economia processual, é de se notar também a demanda por decisões mais efetivas. O aventado baixo *enforcement* dos provimentos jurisdicionais assim como a discussão acerca da qualidade das decisões, por vezes aquém da esperada pelas partes, incentivaram a positivação de mecanismos negociados. Pelos acordos decorrentes da construção conjunta das decisões almejava-se alcançar decisões mais consentâneas às necessidades concretas e, portanto, revestir de efetividade tais decisões negociadas. No que tange ao processo penal, por exemplo, coloca-se forte a demanda pela proporcionalidade entre a natureza do delito e a resposta repressiva do Estado.

Dentro desse cenário de alteração legislativa propiciada por demandas por celeridade processual e decisões mais eficazes e adequadas aos interesses das partes insere-se a consensualidade no direito administrativo. No entanto, algumas considerações precisam ser apresentadas, para evitar indevidas generalizações ou análises precipitadas a respeito do aumento das previsões normativas dos acordos celebrados pela Administração no âmbito do processo administrativo.

Primeiramente, a forte relação do direito administrativo com o aparato burocrático do Estado faz da eficiência dos provimentos administrativos tema necessário na agenda de debates teóricos deste ramo do Direito. Embora seja encarada como um pano de fundo da atuação administrativa por alguns administrativistas,¹² a eficiência,

11. Cf. item 4.2.

12. Cf., por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, que compreende o princípio da eficiência no princípio maior da boa administração (*Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 125).

tanto do processo de tomada de decisão como de seu conteúdo, passou a ser verdadeiro objeto de estudos na década de 1990, notadamente após a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e, pouco mais tarde, com a Emenda Constitucional 19/1998. Preocupações mais sólidas com a celeridade processual e a efetividade dos atos da Administração Pública não decorrem, assim, das alterações legislativas salientadas, mas se colocam por fatores intrínsecos ao sistema administrativo. A tentativa de passagem do modelo de gestão burocrático da Administração para um modelo gerencial, caracterizado pelo controle de resultados, pode ser salientada como um dos principais fatores endógenos da preocupação com a celeridade processual e a qualidade das decisões administrativas.

Em segundo lugar, ao se projetar no direito administrativo, a consensualidade assume características peculiares e fomenta debates específicos a esse sistema. Conforme analisado no capítulo anterior, os acordos administrativos estão estritamente relacionados ao manejo do poder de autoridade do Estado e colocam em evidência a clássica dualidade autoridade/liberdade. Ademais, a questão da participação administrativa confere contornos próprios à atuação concertada da Administração Pública.

É necessário, ainda, salientar a forte influência internacional na projeção da consensualidade no direito administrativo brasileiro – influência, essa, que se percebe tanto na construção do plano teórico da atuação administrativa concertada¹³ quanto com relação a certos institutos consensuais. No caso dos instrumentos consensuais, nota-se que o desenho dos termos de compromisso no mercado de valores mobiliários e no setor antitruste, respectivamente conferidos pela Lei 9.457/1997 à Lei 6.385/1976, com as alterações da Lei 10.303/2001, e pela Lei 8.884/1994, esta revogada pela Lei 12.529/2011, foi fortemente influenciado pelo *consent decree* norte-americano.¹⁴

Dessa forma, as alterações legislativas em prol da consensualidade verificadas na década de 1990 resultaram de motivações próprias ao direito administrativo. Porém, mesmo com influxos particulares, nota-se que o cenário de reformas consensuais constituiu um dos ele-

13. Cf. item 2.1.

14. Nelson Eizirik e outros, *Mercado de Capitais. Regime Jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 332-333.

mentos que propiciaram a abertura normativa do direito administrativo à consensualidade, pois se trata de cenário propício para as alterações legislativas voltadas à promoção da celeridade processual (civil, penal ou administrativa).

Assim, nesse momento de ampla reflexão sobre o processo são tomadas medidas legislativas acerca do debate em torno do manejo do poder de autoridade do Estado, tradicional ao direito administrativo brasileiro. Em suma, o panorama de debates sobre a consensualidade, em sentido amplo, fomentou reflexões na seara administrativa e impulsionou a previsão de módulos consensuais em leis, embora não possa ser considerado fator determinante à afirmação da consensualidade na Administração Pública, que segue motivações próprias e setorizadas.

A tendência de positivação da consensualidade em matéria ambiental se confirma na década de 1990 por meio da edição do Decreto 99.274/1990, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e do Decreto 3.179/1999, que disciplina as infrações lesivas ao meio ambiente e suas sanções. O primeiro decreto prevê, em seu art. 42, a possibilidade de suspensão da exigibilidade das multas mediante celebração de termo de compromisso em que se obrigue o infrator à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental. Ademais, uma vez cumprido o pacto, o valor da multa pode ser reduzido em até 90% caso o compromissário cumpra as medidas específicas.¹⁵ O Decreto 3.179/1999, revogado pelo Decreto 6.514/2008,¹⁶ autorizava a substituição de multa diária pela cessação

15. Decreto 99.274/1990:

“Art. 42. As multas poderão ter sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental.

“Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em até 90% (noventa por cento).”

16. O Decreto 6.514/2008 interditava a celebração de termo de compromisso para substituição de penalidade pelo órgão federal ambiental em razão de infração administrativa ao meio ambiente. Segundo o art. 12, parágrafo único, do decreto, “somente o efetivo pagamento da multa será considerado para efeito da substituição de que trata o *caput*, [substituição de penalidade pecuniária aplicada por órgão federal] não sendo admitida para esta finalidade a celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta ou outra forma de compromisso de regularização da

ou regularização da situação do infrator pela assinatura de termo de compromisso de reparação de dano.¹⁷

3.1.3 Exemplos precursores: *acordos administrativos na CVM e no CADE*

Dois setores que se abriram à consensualidade nesse período foram o antitruste, por meio da edição da Lei 8.884/1994, revogada pela Lei 12.529/2011, e o de mercado de capitais, com a alteração da Lei 6.385/1976 promovida pela Lei 9.457/1997, com posteriores alterações pela Lei 10.303/2001.

3.1.3.1 Os termos de compromisso de cessação no CADE

A Lei 8.884/1994 passou a disciplinar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE, criado pela Lei 4.137/1962, com disposições concernentes à estrutura e à conduta das empresas. Três acordos administrativos foram originalmente previstos na Lei 8.884/1994 – *medida preventiva, termo de compromisso de cessação e compromisso de desempenho* –, e com a Lei 10.149/2000 também o *acordo de leniência* passou a integrar o direito antitruste brasileiro.

Com a Lei 12.529/2011 o TCC foi disciplinado, tal qual o modelo anterior, de modo minucioso, com destaque para delimitação das competências e efeitos do instrumento consensual na disciplina antitruste. No entanto, particularmente nesta terceira rodada de regramento do TCC, a experiência com o emprego do instrumento consensual foi aproveitada na disciplina legal pela vigente lei do CADE. Nos termos do art. 85 da Lei 12.529/2011:

infração ou recomposição de dano”. Todavia, com a redação dada pelo Decreto 6.686/2008 possibilitou-se a hipótese desde que a autoridade federal também tenha participado da celebração do instrumento consensual. No mais, o termo de compromisso é previsto no art. 55, § 1º, pelo qual o atuado por inobservância de reserva legal será advertido para que apresente termo de compromisso de regularização no prazo de 180 dias, o qual segue o regime do termo de ajustamento de conduta previsto na lei da ação civil pública (art. 5º, § 6º).

17. Art. 2º, § 5º, Decreto 3.179/1999: “§ 5º. A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo, até a efetiva cessação ou regularização da situação mediante a celebração, pelo infrator, de termo de compromisso de reparação de dano”.

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, [*procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica e processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica*] o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou de seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

Se havia baixa regulamentação do primeiro modelo de TCC, a disciplina do compromisso de cessação no CADE passou a receber forte disciplina infralegal a partir do Regimento Interno estabelecido pela Resolução 45/2007. Com a edição do Regimento Interno 1/2012, em decorrência da edição da Lei 12.529/2011, novamente se verificou a disciplina minudente do TCC por meio do vigente RI/CADE, alterado pela Resolução CADE-5, de 6.3.2013. Essa resolução aprovou a Emenda Regimental 1/2013 e determinou novo desenho aos TCCs no âmbito dos processos sancionatórios antitruste.¹⁸

A redação original dos arts. 129 e 130 do antigo RI/CADE, que vigorava durante a vigência da Lei 8.884/1994, especificava o rito do TCC no CADE de modo bastante conciso, voltada fundamentalmente a determinar os aspectos formais desse instrumento consensual, como o papel do conselheiro-relator na propositura do termo, o número de vias para assinatura do compromisso de cessação, o prazo de disponibilização do inteiro teor na página oficial do CADE e a indicação da celebração de TCC na capa do processo administrativo.

18. Interessante verificar que a vigente Lei do CADE confere capacidade normativa para dispor sobre o formato dos TCCs nos seguintes termos, no art. 85, § 14, da Lei 12.529/2011: “O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação”. Coloca-se ao CADE, assim, ampla discricionariedade para disciplinar a estrutura e o funcionamento desse instrumento consensual, o que é benefício ao sistema, para manutenção da atualidade e da efetividade. O fato de o TCC ser moldado fundamentalmente em esfera regulamentar lhe confere abertura para uma *disciplina jurídica dinâmica*, que considere a crescente experiência da instituição no manejo desse acordo substitutivo.

O *Relatório de Atividades* referente ao ano de 2006 pode ser apontado como o precursor na constatação dos problemas no processo administrativo do CADE a partir de correição elaborada exclusivamente para esse fim. Com base nessa ampla radiografia, o CADE firmou metas para o biênio 2006/2007, dentre as quais se destacam: a atuação da Pro-CADE focada nos resultados, com emprego de todos os instrumentos judiciais e administrativos de forma criativa; a realização de correição geral nos processos administrativos; a reformulação da rotina do setor de Dívida Ativa, para torná-la instrumento de controle da efetividade das decisões do CADE; e construir relação de credibilidade entre CADE e Judiciário e imprensa.

Uma das metas determinadas para superar o cenário de baixo *enforcement* das decisões do CADE corresponde a “incentivar e colaborar na implementação de instrumentos de solução negociada de processos administrativos (TCC e TAC) e judiciais (transação judicial), assegurando as cautelas necessárias para preservação do interesse público”.¹⁹

Com o novo RI/CADE, o TCC passou a dispor de disciplina jurídica mais procedimental, considerando as especificidades dos processos administrativos nos quais se manifesta. Especificamente com relação à disciplina dos TCCs, novo projeto de disciplina regimental foi colocado em consulta pública pelo CADE em 12.12.2012 visando a estimular a assinatura de TCC para combate de políticas anticoncorrenciais, especialmente o cartel.²⁰

Pela atual disciplina do compromisso de cessação determinada pela Lei 12.529/2011, em conjunto com o RI/CADE e a Emenda Regimental 1/2013, assim como nos modelos anteriores, o TCC se efetiva no âmbito processual, em substituição do próprio processo no qual a infração é averiguada. Desse modo, o TCC pode servir tanto para impedir a instauração de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica, quando se efetivar em fase de inquérito, quanto para cessar os efeitos lesivos já apurados em fase de processo administrativo.

19. *Relatório de Gestão (Exercício de 2007)*, p. 75.

20. Cf. <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1629f90fe63cd052a491a3b488c8>, acesso em 15.12.2012.

A princípio, a celebração do TCC determina a suspensão do procedimento administrativo ao qual se relaciona, sem importar confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta.²¹ Todavia, quando celebrado acordo de leniência com a Superintendência-Geral, o TCC necessariamente deve conter reconhecimento de participação do compromissário na conduta investigada (art. 186 do RI/CADE). Nos demais casos o reconhecimento de participação na conduta investigada fica a critério do Tribunal, o que pode ser um estímulo negativo à celebração de TCCs. Nestes termos, o art. 179, § 5º, do RI/CADE atrela a ausência de confissão quanto à matéria de fato e o não reconhecimento da ilicitude da conduta apenas ao protocolo do requerimento do TCC.

São fundamentalmente dois os grandes estímulos aos agentes de mercado para celebração de acordos substitutivos no âmbito do CADE: (i) evitar a reincidência, pois em caso de reincidência a multa é duplicada, e (ii) evitar o custo reputacional perante o mercado no qual atuam. O reconhecimento de participação na conduta investigada, embora não gere efeitos jurídicos quanto à reincidência, certamente incorre em custo reputacional, pois o nexo de causalidade entre o agente e a prática de infração à ordem econômica investigada é estabelecido. Essa inovação legislativa pode ser lida, assim, como desestímulo à celebração de TCC no âmbito de processos administrativos antitruste.

Pela vigente disciplina dos TCCs no CADE, a dinâmica de consensualidade adquire procedimento autônomo em relação ao processo ou inquérito ao qual se relaciona. Uma vez apresentado, o requerimento do acordo substitutivo é autuado de forma autônoma. O protocolo do requerimento de celebração de TCC não implica confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude do objeto de investigação.

Verifica-se, igualmente, a natureza discricionária do pacto, o que importa na medida em que afasta a ideia de que a celebração de TCC seja direito subjetivo do pretense compromissário: trata-se de decisão discricionária do Poder Público em aceitar, ou não, os termos do pacto

21. O que não se confunde com o requerimento de celebração de termo de compromisso, cuja apresentação não suspende a tramitação do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo, nos termos do art. 179 do RI/CADE.

apresentado para negociação perante o CADE. Ademais, também não incorre em ilegalidade o CADE ao deixar de oferecer TCC em situação análoga a outras em que assim tenha se manifestado. Novamente, a discricionariedade administrativa que envolve o TCC impede qualquer autovinculação administrativa no tocante ao desenvolvimento de mecanismos consensuais, tais quais o TCC. No entanto, em qualquer manifestação é imprescindível a motivação do Poder Público. O *caput* do art. 85 da Lei 12.529/2011 qualifica essa motivação, que necessariamente deve atender aos “interesses protegidos por lei”.

De se notar que a locução genérica “interesses protegidos por lei” mostra-se um tanto mais específica que o vago “interesse público”. Os interesses que o TCC deve satisfazer correspondem às finalidades tuteladas pela Lei 12.529/2011, bem como à política pública concorrencial que ela subsidia, de modo que a motivação deve internalizar essa diretriz para afirmar em que medida o acordo administrativo se coaduna ou, mesmo, promove as finalidades públicas de livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico, nos termos do art. 1º da Lei 12.529/2011.

A proposta de termo de compromisso pode ser apresentada uma única vez (art. 85, § 4º, da Lei 12.529/2011), sem incorrer em suspensão do processo administrativo (art. 85, § 6º, da Lei 12.529/2011). Podem apresentar proposta de celebração de termo de compromisso os conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica²² e a Superintendência-Geral do CADE.²³ Admite-se a intervenção de terceiros após a fase de negociação, dentre os quais estão os terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pelo conteúdo do acordo ou os legitimados à propositura da ação civil pública, nos termos do art. 195 do RI/CADE. Todavia, é necessário ressaltar que, pela aplicação subsidiária da lei federal de processo administrativo, o art. 9º, III e IV, reconhece legitimidade para integrar o processo de celebração do TCC às organizações e associações representativas quando o teor do acordo versar sobre direitos e interesses coletivos, bem como às pessoas ou às associações legalmente constituídas, se o TCC versar sobre direitos e interesses difusos.

22. Art. 11, IX, da Lei 12.529/2011.

23. Art. 13, IX, da Lei 12.529/2011.

O escopo de restringir a apresentação do TCC a uma única oportunidade visa a impedir sucessivas apresentações de termos de compromisso pelo agente inconformado ante a negativa de pacto pelo CADE. No entanto, isso não significa que não possa haver negociação dos termos do TCC apresentado ao CADE, inclusive com rodadas de discussões e alterações reiteradas da redação do acordo. São aspectos distintos, que não se confundem: a Lei 12.529/2011 impede apenas a apresentação de mais de um TCC, mas não traz qualquer óbice à negociação do conteúdo da única proposta de compromisso endereçada. Ademais, a expressão “uma única vez” relaciona-se à infração apurada, e não ao pretense compromissário. Uma empresa pode apresentar diversos termos de compromisso ao CADE, desde que cada qual se relacione a uma situação concreta específica que esteja sob investigação do CADE.

Nessa linha, o RI/CADE, alterado pela Emenda Regimental 1/2013, determina que cada representado apresente seu próprio requerimento de TCC.²⁴ Discricionariamente, o conselheiro-relator ou o superintendente-geral poderá negociar de forma conjunta os requerimentos relacionados a um mesmo objeto de investigação. Muito embora o art. 180 do RI/CADE faça alusão à conexão de requerimentos para negociação relacionados a “um mesmo processo”, o mais apropriado para fins de efetividade da celebração do pacto é interpretar o termo “processo” em seu sentido amplo – ou seja: os requerimentos devem necessariamente estar relacionados a um mesmo fato objeto de investigação, ainda que deduzido em diferentes processos ou mesmo procedimentos (preliminarmente, em fase de inquérito, ou quando já tiver se consubstanciado em processo, por exemplo). Seria inadvertido, a meu ver, determinar que formalidades processuais impeçam tratamento mais harmonioso das decisões consensuais. A respeito desse atual comando, é necessário enfatizar que não se abre direito subjetivo ao requerente para que sua proposta de acordo seja analisada conjuntamente com os demais requerentes.²⁵ Admite-se a apresentação de um mesmo TCC por dois ou mais representados se

24. Art. 180, *caput*, do RI/CADE.

25. Com a determinação de que cada interessado apresente seu próprio requerimento é possível que a negociação ganhe contornos típicos da *teoria dos jogos*, a exemplo do “jogo do prisioneiro”, em que a celebração do acordo substitutivo com um requerente esteja diretamente relacionada à negociação dos demais requerentes.

pertencentes a mesmo grupo econômico. Todavia, haverá individualização de cada representado interessado, cabendo ao conselheiro-relator ou ao superintendente-geral decidir sobre a possibilidade de negociação conjunta.²⁶

O processo de negociação das cláusulas do TCC varia conforme o órgão em que se encontre a investigação. No caso de o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o inquérito administrativo ou o processo administrativo se encontrarem no momento da apresentação do requerimento, caberá ao superintendente-geral abrir período de negociação, o qual definirá os três ou mais servidores do CADE que comporão a Comissão de Negociação, bem como o período de negociação.²⁷ A Comissão de Negociação tem atribuição de “auxílio” ao superintendente-geral no processo de negociação. Findo o prazo de negociação, o superintendente-geral concederá 10 dias para que o proponente apresente sua proposta final de termo de compromisso, a qual será encaminhada ao presidente do Tribunal juntamente com parecer opinativo do superintendente-geral, para inclusão do feito em pauta de julgamento em caráter de urgência. A seu exclusivo critério, o superintendente-geral poderá suspender a negociação para realização de diligências.

No entanto, se os autos do processo administrativo já tiverem sido remetidos ao Tribunal, o conselheiro-relator será competente para designar os três ou mais servidores que comporão a Comissão de Negociação. O prazo de negociação do termo de compromisso será de 30, podendo o conselheiro-relator prorrogá-lo por igual período, de ofício ou mediante solicitação da Comissão. Também poderá o conselheiro-relator consultar a Superintendência-Geral sobre a proposta em apreciação. Como no trâmite verificado no âmbito da Superintendência-Geral, ao término do prazo de negociação o conselheiro-relator concederá 10 dias para que o proponente apresente sua proposta final de termo de compromisso, a qual será encaminhada ao presidente do Tribunal juntamente com parecer opinativo do superintendente-geral para inclusão do feito em pauta de julgamento em caráter de urgência. A seu exclusivo critério, o superintendente-geral poderá suspender a negociação para realização de diligências.

26. Art. 180, parágrafo único, do RI/CADE.

27. Art. 181, *caputa* e inciso I, do RI/CADE.

Além do representado, o superintendente-geral poderá apresentar proposta de TCC quando o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o inquérito administrativo ou processo administrativo se encontrar em trâmite no âmbito da Superintendência-Geral. Neste caso, o representado será oficiado para que se manifeste no prazo de 15 dias sobre o interesse em celebrar compromisso de cessação, e o procedimento seguirá o rito dos demais procedimentos consensuais iniciados mediante apresentação de requerimento pelo representado. Ressalte-se que a rejeição do termo de compromisso proposto pela Superintendência-Geral não prejudica a apresentação de requerimento pelo representado em segundo momento.

A negociação do termo de compromisso pode ser frutífera, culminando na apresentação de proposta final, ou pode se frustrar, nas hipóteses de ausência de apresentação de proposta final de termo de compromisso dentro do prazo especificado ou sua apresentação intempestiva; nestes casos encerra-se o processo de celebração de TCC com despacho do conselheiro-relator, e o agente fica impedido de apresentar novo requerimento de acordo no mesmo processo (art. 183, § 6º, do RI/CADE). A negociação também pode fracassar quando não se chegar a consenso com relação às condições do acordo, ocasião em que a proposta será indeferida pelo conselheiro-relator (art. 85, § 13, da Lei 12.529/2011).

A proposta final obriga o proponente: ele não pode dispor o contrário, e nem condicioná-la ou revogá-la.²⁸ Na tentativa de demarcar a fase de negociação, é defeso ao Plenário do Tribunal, competente para deliberar sobre a proposta de compromisso de cessação, fazer contraproposta, cabendo-lhe unicamente aceitar ou rejeitar a proposta final.²⁹ Trata-se de medida que se volta a garantir a tecnicidade dos termos de compromisso e da representatividade do acordo de vontades construído no curso de processo de negociação, dado que a simples contraproposta do Plenário substituiria por completo o *drafting* do compromisso e tornaria inócua a fase preliminar de negociação. A proposta final deve ser julgada antes do processo sancionador ao qual se vincula, cabendo ao conselheiro-relator organizar os trabalhos pro-

28. Art. 183, *caput*, do RI/CADE.

29. Art. 183, § 9º, do RI/CADE.

cedimentais e observar a tramitação de urgência do procedimento de celebração de TCC.

Uma vez aprovado pelo Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, o compromisso será firmado individualmente, dada a diretriz de individualização do acordo substitutivo segundo a disciplina conferida a partir das normativas de 2013.

Uma vez aprovado pelo Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica,³⁰ o TCC deve ser assinado em no mínimo duas vias, sendo uma destinada ao compromissário e outra à instrução do processo administrativo (art. 192, *caput*, do RI/CADE). O TCC será publicado no *Diário Oficial da União*, e seu conteúdo disponibilizado na página eletrônica do CADE dentro de cinco dias (art. 85, § 7º, da Lei 12.529/2011). Isso se deve ao caráter público do TCC, expressamente previsto na vigente lei do CADE (art. 85, § 7º, da Lei 12.529/2011).

Há uma tensão entre o dever de publicidade do TCC e a prática consensual, pois boas negociações demandam conhecimentos específicos e estratégias de favorecimento dos correspondentes interesses. Muito embora os instrumentos consensuais sejam tidos como do tipo *win-win solutions*, o fato é que os negociantes buscam a todo momento melhores arranjos em benefício próprio, e para esta finalidade valem-se de conhecimentos especializados e constroem sofisticados planos estratégicos. A publicidade da negociação poderia ser fatal não apenas para o termo de compromisso especificamente considerado, mas para a dinâmica da consensualidade, pois seria lida pelo mercado como incentivo negativo à celebração de acordos com o Poder Público. Para transpor essa situação, a Lei 12.529/2011 previu a possibilidade de propostas de termos de compromisso serem apresentadas em caráter confidencial (art. 85, § 5º, da Lei 12.529/2011). Esta fórmula é importante, mas insuficiente: garantias de sigilo também com relação à negociação devem ser acatadas pela autoridade antitruste, pois esta se encontra abrangida no conceito de “proposta”. Sugere-se uma leitura dinâmica da expressão “proposta”, que não se restrinja ao documento formal apresentado pelo interessado, mas ao conteúdo que é construído no desenvolvimento do processo de negociação.

30. Art. 9º, V, da Lei 12.529/2011.

A captura do regulador pode ser apontada como um dos principais riscos relacionados à consensualidade na Administração Pública, sendo a negociação o momento ideal para aperfeiçoamento do conluio entre Poder Público e particular. O tratamento confidencial às etapas preliminares ao compromisso de cessação mostra-se extremamente benéfico ao bom andamento da negociação bem como à modelagem mais eficiente das obrigações pactuadas. No entanto, os atos preliminares praticados pelo CADE, enquanto ente integrante da Administração indireta, devem necessariamente ser publicados *ex post*, nos termos da lei de acesso à informação pública (Lei 12.527/2011), em observância ao princípio da publicidade.

Dado o efeito benéfico à celebração do compromisso de cessação alcançado por meio do tratamento confidencial às tratativas, admite-se a relativização do dever de publicidade, mas não sua supressão, de forma que proposta, termos do compromisso, andamento processual, atas de negociação e valor da contribuição pecuniária devem obrigatoriamente ser concretizados no processo administrativo. Publicidade e processo administrativo são fundamentais para a atuação administrativa consensual, a qual demanda um controle eminentemente procedimental para afastar o problema da captura do regulador.³¹

Com a celebração do TCC o processo administrativo é suspenso³² até a comprovação de cumprimento dos termos do pacto,³³ quando, então, o processo administrativo é arquivado (art. 85, § 9º, da Lei 12.529/2011), mediante nota técnica da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, encaminhada ao superintendente-geral, sobre o cumprimento do acordo.³⁴ A suspensão do processo aproveita apenas ao compromissário, tramitando o processo em relação aos demais sujeitos investigados. Todavia, na hipótese de todos os investigados

31. Cf. item 4.4.

32. Segundo o art. 85, § 10, da Lei 12.529/2011, “a suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados”.

33. A análise do cumprimento dos termos de compromisso é de competência do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, nos termos do art. 9º, V, da Lei 12.529/2011.

34. Cf. art. 193 do RI/CADE.

de um mesmo procedimento terem firmado compromisso de cessação, o processo como um todo é suspenso (art. 188 do RI/CADE).

Caso o TCC não seja cumprido, a suspensão do processo administrativo é revogada, e a sanção prevista no próprio instrumento pelo descumprimento de seus termos é aplicada (art. 85, § 11, da Lei 12.529/2011). Ademais, pelo descumprimento de obrigação pactuada em TCC ao compromissário é aplicada multa diária de R\$ 5.000,00, a qual pode ser aumentada em até 50 vezes, de acordo com a situação econômica do infrator ou, ainda, pela gravidade da infração (art. 39 da Lei 12.529/2011).

A satisfação de todas as obrigações pactuadas determina a terminação consensual do processo administrativo, quando haverá o arquivamento do processo, sem que se aperfeiçoem os efeitos da responsabilização administrativa, quais sejam: perda da primariedade ou determinação de reincidência, bem como aplicação de sanção administrativa.

O termo de compromisso tem natureza de título executivo extrajudicial, como expressamente prevê a Lei 12.529/2011 em seu art. 85, § 8º, sendo assinado pelo presidente do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.³⁵ Ademais, o TCC tem caráter personalíssimo, de modo que a celebração de acordo por uma das partes envolvidas em uma situação investigada não aproveita a seus litisconsortes.³⁶

Como cláusulas obrigatórias o § 1º do mesmo preceito indica as seguintes: especificação das obrigações de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos; fixação do valor da multa correspondente ao descumprimento da avença; fixação do valor da contribuição pecuniária ao FDD, quando cabível;³⁷ e reconhecimento de

35. Art., 10, VII, da Lei 12.529/2011.

36. É a redação do art. 184, § 5º, da Lei 12.529/2011: “§ 5º. O compromisso deverá ser firmado individualmente, entre cada representado e o CADE”.

37. Dispõe o § 2º do art. 85 da Lei 12.529/2011: “Tratando-se de investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei”. Segundo o art. 184, § 3º, do Regimento Interno do CADE, “na hipótese de o compromisso conter contribuição pecuniária, deverá constar o montante a ser pago, as condições de pagamento, a penalidade por mora ou

participação na conduta investigada previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual no caso de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes.³⁸

Ineditamente, foram previstos parâmetros de fixação da contribuição pecuniária ao FDD nas hipóteses de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes. Primeiramente serão consideradas a amplitude e a utilidade da colaboração do compromisso com a instrução processual e o momento de celebração da proposta. Com relação ao primeiro parâmetro tem-se que, quanto mais colaborativo for o compromitente na descrição dos fatos investigados, menor será o valor de contribuição ao FDD. Pelo segundo, quanto mais precoce for a apresentação do requerimento de compromisso de cessação, menor dever ser o valor de contribuição ao FDD a ser fixado.³⁹ Ademais, os seguintes limites objetivos devem ser observados na celebração do acordo substitutivo:

I – redução percentual entre 30% (trinta por cento) e 50% (cinquenta por cento) da multa esperada para o primeiro representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta; II – redução percentual entre 25% (vinte e cinco por cento) e 40% (quarenta por cento) da multa esperada para o segundo representado que propuser TCC no âmbito da investigação de uma conduta; III – redução percentual de até 25% (vinte e cinco por cento) da multa esperada para os demais representados que propuserem TCC no âmbito da investigação de uma conduta.⁴⁰

inadimplência, assim como qualquer outra condição para sua execução”. O pagamento da obrigação de contribuição pecuniária, caso seja prevista no TCC, pode-se dar de modo parcelado, conforme o art. 187 do RI/CADE.

38. Art. 185 do Regimento Interno do CADE. Segundo o art. 184, § 3º, do Regimento Interno do CADE, “na hipótese de o compromisso de cessação conter contribuição pecuniária, deverá constar o montante a ser pago, as condições de pagamento, a penalidade por mora ou inadimplência, assim como qualquer outra condição para sua execução”. O pagamento da obrigação de contribuição pecuniária, caso seja prevista no TCC, pode-se dar de modo parcelado, conforme o art. 187 do RI/CADE.

39. Segundo o art. 188 do RI/CADE, “a análise da contribuição pecuniária nas propostas de TCC realizadas nos termos do art. 182 em investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes levará em consideração o estado do processo administrativo, observado, quando possível de estimação, a redução percentual máxima de 15% (quinze por cento) da multa esperada ao representado”.

40. Art. 187 do RI/CADE.

O § 12 do art. 85 da Lei 12.529/2011 determina, ainda, que “as condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade”.

3.1.3.2 Os termos de compromisso na CVM

A Lei 9.457/1997 incluiu seis parágrafos ao art. 11 da Lei 6.385/1976, que cria e disciplina a Comissão de Valores Mobiliários/CVM, para que o mercado de capitais brasileiro passasse a dispor do termo de compromisso como instrumento regulatório. De acordo com a redação original do art. 11, § 5º, da Lei 6.385/1976, incluído pela Lei 9.457/1997, “a Comissão de Valores Mobiliários poderá suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo, se o indiciado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: (...)”.⁴¹

A previsão do termo de compromisso na legislação de mercado de capitais brasileiro decorre da influência do sistema norte-americano, cuja figura do *consent decree* consiste em tradicional mecanismo de substituição consensual de sanções aplicadas por infração de mercado. Atualmente os termos de compromisso celebrados pela CVM são disciplinados pela Deliberação CVM-390/2001, alterado pela Deliberação 486/2005.

A celebração de termo de compromisso na CVM adquire contornos procedimentais próprios, e se inicia com a apresentação de proposta escrita pelo interessado à CVM. A manifestação da intenção de celebrar termo de compromisso deve ser apresentada ao superintendente-geral da Autarquia até o término do prazo para apresentação de defesa, cabendo apresentar a proposta completa em, no máximo, 30 dias após o protocolo da defesa.⁴² O exposto também se aplica aos processos ainda em fase de investigação preliminar, razão pela qual o

41. A redação do preceito foi alterada pelo Decreto 3.995/2001, c/c a Lei 9.873/1999: “A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: (...)”.

42. Cf. art. 7º, §§ 1º e 2º, Deliberação CVM-390/2001.

termo de compromisso na CVM configura acordo substitutivo do processo administrativo, e não apenas do ato sancionatório final. Resolva a Deliberação 390/2001, porém, a possibilidade de análise da proposta de termo de compromisso apresentada fora do prazo, notadamente nas hipóteses de oferta de substancial indenização, desde que haja modificação da situação de fato após o término do prazo regulamentar para apresentação da proposta de termo de compromisso.⁴³

Muito embora a regulação do termo de compromisso no âmbito da CVM não tolha a discricionariedade na definição do conteúdo do acordo, a Deliberação CVM-390/2001 determina as seguintes cláusulas obrigatórias na proposta de termo de compromisso apresentada pelo interessado: (i) cessação da prática das atividades sob investigação, se for o caso, e (ii) correção das irregularidades sob investigação, inclusive com pagamento da devida indenização dos prejuízos causados ao mercado ou à própria CVM.⁴⁴ Discricionariamente, na hipótese de danos a investidores, a CVM poderá notificá-los para que forneçam mais informações para fins de quantificação do valor que lhes será pago a título de reparação,⁴⁵ o que, nos termos do art. 10, § 1º, da Deliberação CVM-390/2001, não confere qualidade de parte processual ao terceiro interessado no objeto do termo de compromisso.⁴⁶

Na sequência, a Procuradoria Federal Especializada da CVM deve ser ouvida sobre a legalidade da proposta, quando, então, o superintendente-geral submeterá a proposta de termo de compromisso ao Comitê de Termo de Compromisso, órgão especializado na estru-

43. Esta é a redação do § 4º do art. 7º: “§ 4º. Em casos excepcionais, nos quais o relator entenda que o interesse público determina a análise da proposta de celebração de termo de compromisso apresentada fora do prazo a que se refere o § 2º, tais como os de oferta de indenização substancial aos lesados pela conduta objeto do processo, e desde que, adicionalmente, fique demonstrada a modificação da situação de fato, existente quando do término do referido prazo, a justificar a não apresentação tempestiva, o Colegiado poderá determinar, por proposta do relator, o processamento do pedido”.

44. Cf. art. 7º, I e II, da Deliberação CVM-390/2001.

45. Art. 11 da Deliberação CVM-390/2001: “Havendo investidores prejudicados em número indeterminado e de identidade desconhecida, a CVM poderá, em comum acordo com o proponente e às suas expensas, fazer publicar editais convocando tais investidores para o fim de sua identificação e quantificação dos valores individuais a lhes serem pagos a título de indenização”.

46. Este preceito normativo não se coaduna com a lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999), cujo art. 9º expressamente confere ao terceiro interessado a qualidade de parte no processo administrativo.

tura da CVM para proceder à negociação das propostas de termos de compromisso que lhe são encaminhadas. O Comitê de Termo de Compromisso é disciplinado pela Portaria CVM-71/2005, que determina sua composição pelos titulares de Superintendências que conformam a estrutura administrativa da CVM,⁴⁷ com competência para convocar reuniões e estabelecer a periodicidade em que serão realizadas.

Enquanto a Procuradoria junto à CVM deve se manifestar sobre a legalidade das cláusulas do acordo substitutivo – muito embora seja de grande dificuldade dissociar mérito de legalidade, razão pela qual se mostra adequado compreender a Procuradoria como mais um órgão de negociação dos termos de compromisso –, compete ao Comitê de Termo de Compromisso apresentar parecer sobre a oportunidade e a conveniência da celebração do compromisso no prazo máximo de 30 dias. O Comitê de Termo de Compromisso deve propor ao Colegiado da CVM a aceitação, ou não, da proposta de termo de compromisso, considerando os critérios de deliberação pela consensualidade determinados no art. 9º da Deliberação CVM-390/2001, quais sejam: (i) oportunidade e conveniência da celebração do acordo substitutivo, (ii) natureza e gravidade das infrações, (iii) antecedentes dos acusados e (iv) efetiva possibilidade de punição no caso concreto.

Os parâmetros estabelecidos no art. 9º da Deliberação CVM-390/2001 consistem em efetivos critérios de balizamento da tomada de decisão consensual, os quais, por determinação regulamentar autovinculante, devem necessariamente ser considerados quando da decisão pela atuação imperativa unilateral ou pela atuação consensual. Trata-se de ônus argumentativo, portanto, que tanto o Comitê de Termo de Compromisso quanto o Colegiado, na deliberação sobre a aceitação da proposta de termo de compromisso, devem sopesar. Incorre em vício de motivação a decisão que deixar de expor as razões de fato e de direito com relação a cada aspecto indicado no referido preceito normativo.

47. Segundo o art. 2º da Portaria CVM-71/2005, são as seguintes as Superintendências cujos titulares compõem o Comitê de Termo de Compromisso: Superintendência-Geral/SGE, Superintendência de Fiscalização Externa/SFI, Superintendência de Relações com Empresas/SEP, Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários/SMI e Superintendência de Normas Contábeis e Auditoria/SNC. Integra o Comitê de Termo de Compromisso, embora sem direito de voto, o titular da Procuradoria Federal Especializada na CVM/PFE-CVM.

Antes de apresentar a manifestação pela aceitação, ou não, do termo de compromisso, o Comitê de Termo de Compromisso pode negociar com o proponente as condições da proposta de termo de compromisso⁴⁸ no prazo de 60 dias. Trata-se de negociação feita a partir da proposta originalmente apresentada e com base em manifestações verbais, de modo que ao final da negociação o proponente poderá aditar os termos da proposta inicial, no prazo assinalado pelo Comitê.⁴⁹ O quórum para instalação das reuniões do Comitê de Termo de Compromisso é de quatro integrantes, devendo ser convocado o titular da Superintendência em relação ao qual a matéria em discussão no termo de compromisso seja pertinente.⁵⁰ Por maioria dos membros presentes é aprovado o parecer de termo de compromisso.

Ao término da negociação conduzida pelo Comitê de Termo de Compromisso e emitido o correspondente parecer pela aprovação, ou não, da proposta de termo de compromisso, o processo é remetido ao Colegiado da CVM para deliberação. Como salientado, a tomada de decisão pela consensualidade no processo administrativo sancionador na CVM deve ser conduzida pelos parâmetros decisórios fixados no art. 9º da Deliberação CVM-390/2001. Ademais, a manifestação do investidor lesado deverá ser considerada na apreciação da proposta de celebração do acordo substitutivo.⁵¹ Ao contínuo à aprovação do acordo pelo Colegiado da CVM, será lavrado o termo de compromisso e assinado pelo presidente da CVM, pelas partes interessadas e por duas testemunhas, com publicação oficial.⁵²

A mutabilidade do termo de compromisso é disciplinada pelo próprio regulamento do acordo substitutivo, cujo art. 3º, § 2º, determina, a princípio, a imutabilidade das cláusulas do termo de compromisso. Todavia, mediante requerimento da parte interessada, e por nova deliberação do Colegiado, é cabível a mudança das condições do termo de compromisso. Sobre a mutabilidade do termo de compromisso cabe uma nota explicativa.

48. Cf. art. 8º, § 4º, da Deliberação CVM-390/2001.

49. Cf. art. 8º, § 5º, da Deliberação CVM-390/2001.

50. Segundo o art. 6º, parágrafo único, da Portaria CVM-71/2005, "o membro do Comitê que represente a Superintendência da CVM que tenha formulado a acusação não participará da deliberação a respeito da proposta de termo de compromisso, sendo-lhe, entretanto, facultado participar de todas as discussões pertinentes".

51. Cf. art. 10, § 2º, da Deliberação CVM-390/2001.

52. Cf. art. 3º, § 1º, da Deliberação CVM-390/2001.

Uma necessidade pragmática que pode se apresentar no curso do cumprimento dos acordos substitutivos: a necessidade de alterar os termos do ajuste, pela ocorrência de fatos supervenientes que repercutam sobre o liame estabelecido. Espera-se que o desenho dos acordos substitutivos contenha em suas cláusulas todas as especificações concernentes ao cumprimento do termo, de modo que Poder Público e particular disponham de efetivo guia de execução das obrigações pactuadas. Na prática, porém, modificações dos acordos administrativos podem se fazer necessárias.

Os ajustes consensuais são considerados as alterações bilaterais dos acordos administrativos para torná-los executáveis ou mais eficientes.⁵³ Embora os acordos substitutivos não tenham natureza diferida, visto que seus prazos de duração são limitados a no máximo poucos anos, no decorrer de sua execução podem suceder eventos que tornem o correspondente cumprimento (i) demasiadamente oneroso ou (ii) impossível.

Trata-se de clássica colocação da teoria da inexecução dos contratos administrativos. Nestes casos os ajustes consensuais são plenamente viáveis, assim como a extinção do acordo substitutivo, o que determina a imediata retomada do processo administrativo sancionador então suspenso. Quando os mencionados eventos se verificarem, o Poder Público ou o particular pode convocar renegociação dos termos do acordo substitutivo para, assim, efetivar a modificação bilateral do pacto, com vistas a viabilizar seu cumprimento.

Os ajustes consensuais não se limitam apenas a permitir a execução dos acordos, então obstaculizada ou onerosa, mas também para torná-la mais eficiente. Como exemplos mencionam-se os casos em que o domínio de nova tecnologia permite uma compensação ambien-

53. Os ajustes consensuais, ou alterações bilaterais dos acordos administrativos, não se confundem com os acordos integrativos. Embora os acordos integrativos (de complementação) se voltem à especificação do modo de execução da decisão administrativa, tais instrumentos consensuais se manifestam somente na etapa procedimental (acordos endoprocedimentais) ou na decisão unilateral, sem a substituir, tradicionalmente formalizada em ato administrativo. Os acordos integrativos manifestam-se na atuação administrativa típica para condicionar o ato final a uma obrigação consensualmente estabelecida, complementar o provimento administrativo final ou substituir um ato específico do processo administrativo. Quando o objeto de alteração dispuser de natureza consensual, portanto, não é o acordo integrativo o instrumento formalmente adequado, mas, sim, os ajustes consensuais.