

tal com melhor equação de custo/benefício ou, mesmo, os recorrentes casos em que pela execução das obrigações pactuadas se constata que pontual alteração do plano de execução possibilita que mais usuários de determinado serviço público sejam beneficiados com as medidas. Por isso, a negociação do acordo substitutivo não se encerra na celebração do termo, mas abrange também a etapa de execução, de modo que ajustes consensuais no curso do cumprimento da obrigação podem tornar o termo de compromisso mais eficiente, pois que consideram as especificidades que se apresentarão no curso do prazo de vigência do termo de compromisso.

A respeito da formalização da alteração bilateral dos acordos substitutivos, os ajustes consensuais também deverão ter natureza negocial, em respeito à reciprocidade de formas com o instrumento consensual modificado. Isso significa, na prática, que a alteração bilateral deve ser precedida por fase de negociação e resultar de acordo de vontades entre as partes pactuantes. Tanto isto é observado pela dinâmica consensual na CVM, que o art. 3º, § 2º, da Deliberação CVM-390/2001 determina nova deliberação do Colegiado.

Uma vez celebrado o termo, o processo administrativo sancionador é suspenso pelo prazo estipulado para cumprimento do compromisso, nos termos do art. 2º da Deliberação CVM-390/2001, o qual é improrrogável, salvo por motivo superveniente e não imputável ao compromitente.<sup>54</sup> Eventuais prorrogações serão apreciadas pelo Colegiado da CVM. A celebração do termo de compromisso não importa confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude.<sup>55</sup> Conforme se verifica, a CVM adotou clássica formulação acerca dos efeitos da celebração de acordo no âmbito do processo administrativo, como já presente na legislação antitruste.

Tendo em vista a natureza consensual dos acordos substitutivos, essencialmente bilaterais e produzidos com base no diálogo, o acompanhamento da execução dos acordos substitutivos feito pela Superintendência da respectiva área temática também se orienta pela dinâmica consensual, que não se encerra no momento da formalização dos acordos substitutivos, mas acompanha toda a execução do pacto. Daí que o nome “acompanhamento da execução” soa melhor que “fiscali-

zação” – expressão, esta, que carrega carga autoritária no direito administrativo brasileiro, relacionada à prerrogativa sancionatória.

De fato, o acompanhamento da execução dos acordos substitutivos não se confunde com a prerrogativa fiscalizatória.

Primeiramente, tal acompanhamento não se apresenta como um privilégio da Administração Pública, mas, antes, como medida de gestão do acordo substitutivo. Assume-se que o contínuo acompanhamento do acordo substitutivo mostra-se mais eficaz que a mera checagem do cumprimento das obrigações ao final do termo, quando restam apenas duas alternativas: reconhecimento unilateral, por parte do Poder Público, do cumprimento ou do descumprimento do acordo substitutivo. Perde-se, então, grande oportunidade para realizar os ajustes necessários ainda no curso do prazo convencionado, em prol do interesse público pela plena satisfação das obrigações pactuadas.

Porém, o exposto não impede que Poder Público e particular consensualmente optem por não realizar o contínuo acompanhamento da execução dos acordos substitutivos. Novamente, conforme as especificidades do caso concreto se pode concluir que a mera fase de verificação do cumprimento ao final do prazo é suficiente à eficiência do acordo. É o que se verificaria, por exemplo, em acordo substitutivo com obrigação relativamente simples de fazer objeto padronizado, tecnicamente descrito, ou com obrigações de espontâneo cumprimento (*spot*).

Assim, por não se confundir com a prerrogativa fiscalizatória, o acompanhamento da execução dos acordos substitutivos deve estar explicitamente previsto no termo – dado que na ausência de previsão se interpreta pela inexistência dessa fase – e seu procedimento devidamente discriminado em cláusula. Em outros termos: o acompanhamento da execução dos acordos substitutivos pode ser aproximado a uma cláusula obrigatória; mesmo quando não for realizada, é interessante que o acordo substitutivo expressamente assim defina. No âmbito da CVM a periodicidade de apresentação das informações pelo compromissário configura cláusula essencial do termo de compromisso.<sup>56</sup>

Caso o meio de acompanhamento da execução dos acordos substitutivos não tenha sido objeto de tratamento quando da celebração do pacto, é possível que a fiscalização seja negociada e formalizada co-

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

55. Cf. art. 4º, *caput*, da Deliberação CVM-390/2001.

56. Cf. art. 5º, § 1º, da Deliberação CVM-390/2001.

mo acordo integrativo, vindo posteriormente a integrar o documento do acordo substitutivo.

O valor das cláusulas de acompanhamento da execução dos acordos substitutivos afasta, portanto, a nota unilateral da fiscalização. Trata-se de acompanhamento ordenado. Desde a sua previsão, o acompanhamento da execução dos acordos substitutivos é bilateral, em que o plano de acompanhamento, mais ou menos pormenorizado, a depender da complexidade do objeto pactuado, é fixado. Além da periodicidade, a cláusula de acompanhamento pode indicar em sua metodologia o tipo de produto a ser fiscalizado (relatórios de execução, vistorias e análises parciais do resultado final, por exemplo), bem como a autoridade competente para tanto. Não necessariamente a Administração Pública deve ser a entidade responsável por realizar todo o acompanhamento, o qual pode ser delegado à auditoria interna da entidade que celebra o ajuste, a auditoria externa ou a outra entidade técnica. Nessa medida, é viável que a fiscalização seja praticada conjuntamente entre Poder Público e particular. Lembre-se: o acompanhamento da execução dos acordos substitutivos não se confunde com a prerrogativa fiscalizatória.

Esta orientação consensual repercute na própria prática do acompanhamento, em que a fiscalização-diálogo substitui a fiscalização-correção. Como mecanismo de gestão, o acompanhamento da execução dos acordos substitutivos serve fundamentalmente para conferir ao particular parciais sobre o estágio de cumprimento da avença, o qual, orientado por estas prévias, realiza os ajustes necessários para integral satisfação de suas obrigações. Pela nota do diálogo admite-se, inclusive, que os relatórios elaborados pelo fiscalizador contenham sugestões para dotar de maior eficiência a execução dos acordos substitutivos, que são meramente indicativos.

Caso as obrigações assumidas no termo de compromisso não sejam cumpridas pelo comprometente, o processo será retomado, e a CVM comunicará o fato ao Ministério Público, para que sejam adotadas, se for o caso, as medidas cabíveis na esfera criminal.

Interessante notar que a Lei 9.457/1997 delegou a competência para celebrar termos de compromisso às autoridades autorreguladoras Bolsa de Valores e entidades do mercado de Balcão organizado, reservada a regulamentação do exercício desse poder delegado à CVM

(art. 11, § 10, da Lei 6.385/1976). Com a alteração do permissivo pelo Decreto 3.995/2001, a delegação da competência para transacionar foi estendida, para abranger também as Bolsas de Mercadorias e Futuros e entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários. Dessa forma, na mesma medida em que há delegação de competência para aplicar determinadas sanções administrativas por averiguação de infrações no âmbito da autorregulação, também foi prevista a delegação de competência para que tais entidades atuem de forma concertada.

A política de celebração de termos de compromisso pela CVM ganhou força na Instituição, com ampla aplicação e capacidade arrecadatória de valores,<sup>57</sup> na medida em que todos os termos de compromisso celebrados pela CVM são onerosos. São encontrados hoje diversos incentivos institucionais para que o acusado em processo sancionador celebre acordo substitutivo – o que, inclusive, foi uma das frentes de motivação para alteração da Deliberação CVM-390/2001, em 2005.

### 3.1.4 Agências reguladoras e a regulação consensual

O movimento de afirmação do modelo de agências reguladoras no Brasil, iniciado no final da década de 1990, relaciona-se diretamente com o contexto da reforma gerencial do Estado. Seu documento oficial – o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado* –, concebido pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado/MARE, volta-se, fundamentalmente, à redefinição do papel do Estado como agente promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social,<sup>58</sup> contando, para tanto, com instituições sólidas e com modelos de gestão hábeis a promover essas novas finalidades estatais. Dessa forma, além da implantação do gerencialismo na Administração Pública para transpor certos impasses burocráticos, novos entes foram

57. No ano de 2011, por exemplo, a CVM instaurou 78 processos sancionadores, dos quais 22 foram encerrados por meio da celebração de compromissos de cessação. Ademais, nesse mesmo ano a celebração de termos de compromisso respondeu por aproximadamente 43% do montante total arrecadado pela CVM (cf. *Relatório Anual 2011*, disponível em [http://www.cvm.gov.br/port/relgest/Relatorio\\_Web\\_Alterado\\_28062012.pdf](http://www.cvm.gov.br/port/relgest/Relatorio_Web_Alterado_28062012.pdf), acesso em 28.4.2013).

58. Cf. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, p. 7.



concebidos para lidar com as privatizações e as desestatizações que integraram a política de reforma do Estado.

A adoção do modelo de agências reguladoras resulta da necessidade de atração de investimentos privados para financiar a prestação de serviços públicos, antes diretamente fornecidos pelo Estado, por meio de suas empresas estatais. Caracterizadas pela independência e autonomia em relação à Administração direta, fatores de blindagem da ingerência política no exercício da atividade regulatória, as agências reguladoras terminariam por conferir maior margem de segurança jurídica à manutenção dos contratos de investimentos privados no setor público pelo compromisso regulatório (*regulatory commitment*), mecanismo de garantia da estabilidade e da previsibilidade das “regras do jogo”.<sup>59</sup>

Necessário apontar, no entanto, que a criação das agências reguladoras vai além da necessidade de viabilizar investimentos privados para contornar a crise fiscal, pois também decorre da mudança do modo de exercício da função regulatória pelo Estado. Conforme Floriano de Azevedo Marques Neto, quatro vetores determinaram a transformação da regulação estatal no limiar da Reforma do Estado, quais sejam: (i) alteração dos objetivos da regulação (foco da regulação); (ii) deslocamento do eixo da regulação para o plano horizontal (eixo da regulação); (iii) procedimentalização, transparência e especialidade da regulação (transformações metodológicas); e (iv) introdução de técnica regulatórias inovadoras, especialmente na seara contratual (instrumentos jurídicos e administrativos).<sup>60</sup> Tais vetores manifestaram-se na constituição das agências reguladoras e, reflexamente, na conformação de seus processos regulatórios.

No que tange ao segundo vetor – eixo da regulação –, a consensualidade foi bem recebida pelas incipientes agências reguladoras e internalizada através de atos normativos disciplinadores da regulação consensual. A nota da permeabilidade, que predica a participação do regulado na formação de decisões reflexivas, foi fundamental para a

59. Gustavo Binenbojm, “Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil”, in Gustavo Binenbojm (coord.), *Agências Reguladoras e Democracia*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 94-95.

60. Floriano de Azevedo Marques Neto, “Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil”, *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado* 1/9, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, março/2005 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 5.10.2009).

criação de normas legitimadoras da negociação do exercício da prerrogativa imperativa pela autoridade regulatória. Dessa forma, as agências reguladoras constituíram profícuo ambiente ao desenvolvimento da regulação consensual; desenvolvimento, esse, evidenciado no plano normativo com a previsão de instrumentos regulatórios consensuais e da prática da regulação consensual.

Uma primeira funcionalidade que a consensualidade assume no exercício da função regulatória corresponde ao *condicionamento* da prática de um *ato administrativo* pela agência reguladora à celebração de determinado *acordo administrativo*. No âmbito da ANS, por exemplo, o ato de revisão técnica do contrato sujeita-se à celebração de termo de compromisso pela operadora com a autoridade reguladora, para implantação de programa de reestruturação gerencial, cujos prazos, ações, metas qualitativas e quantitativas bem como efeitos pelo descumprimento do termo devem ser consensualmente firmados (Resolução Normativa 19/2002).

Porém, é geralmente o *ato de autorização* que se subordina à celebração de acordos administrativos entre a agência reguladora e o regulado na regulação consensual de natureza integrativa. Os exemplos mais representativos desta dinâmica regulatória são extraídos da ANP. Segundo a Portaria ANP-91/2004, por meio da qual o diretor-geral da Agência delega competência ao titular da Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural da ANP para autorizar a modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural, pela ampliação de capacidade, bem como a operação destas instalações mediante assinatura de termo de compromisso.<sup>61</sup> Por sua

61. Portaria 91/2004, assinada pelo diretor-geral da ANP:

“Art. 1º. “Delegar competência ao titular da Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural da ANP, e, nos seus impedimentos, a seu substituto legal, para praticar os seguintes atos administrativos, consultando previamente a Procuradoria-Geral, sempre que houver matéria controversa: I – autorizar o exercício das atividades de modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural devido à ampliação de capacidade, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Portaria ANP n. 28, de 5 de fevereiro de 1999, providenciando a publicação do respectivo sumário do projeto pretendido; II – autorizar a operação das instalações referidas no inciso I; (...); IV – assinar termo de compromisso relativo às autorizações referidas nos incisos I e II.

“Parágrafo único. A Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural manterá cadastro atualizado de todas as autorizações e providenciará a divulgação no sítio da ANP na rede mundial de computadores.”



vez, a Resolução ANP-25/2008 determina que “a autorização de operação fica condicionada à assinatura de termo de compromisso entre a ANP e a requerente” nos casos de risco da segurança operacional e da saúde dos trabalhadores, assim como naqueles relacionados ao meio ambiente.<sup>62</sup>

Nessa linha, mencionem-se: a Resolução ANP-5/2012, que condiciona a outorga de autorização da atividade de formulação de combustíveis à celebração de termo de compromisso;<sup>63</sup> a Resolução ANP-16/2010, que condiciona a outorga de autorização da atividade de refino de petróleo à celebração de termo de compromisso;<sup>64</sup> e a Resolução ANP-17/2010, que condiciona a outorga de autorização da atividade de processamento de gás natural à celebração de termo de compromisso.<sup>65</sup>

No âmbito da ANEEL é interessante ressaltar que o termo de compromisso foi previsto como elemento de conformação de política pública quanto ao prazo para atingimento das metas rurais dos planos

62. Resolução ANP-25/2008: “Art. 12. Durante a vistoria, uma vez observadas situações específicas em que possa haver comprometimento dos aspectos relacionados à segurança operacional, saúde dos trabalhadores e prevenção dos impactos ao meio ambiente, para os casos em que não houver risco iminente de danos, a autorização de operação fica condicionada à assinatura de termo de compromisso entre a ANP e a requerente. Para todos os demais casos, a ANP se reserva o direito de não autorizar a operação da planta até que sejam solucionados os fatos geradores da não conformidade”.

63. Resolução ANP-5/2012:

“Art. 11. A autorização para operação será outorgada pela ANP nas condições estabelecidas no Termo de Compromisso a ser assinado pelo Requerente.

“(…)”.

“§ 3º. A outorga da Autorização para Operação fica condicionada à assinatura do Termo de Compromisso.”

64. Resolução ANP-16/2010:

“Art. 11. A autorização para operação será outorgada pela ANP nas condições estabelecidas no Termo de Compromisso entre a ANP e a Requerente.

“(…)”.

“§ 3º. A outorga da Autorização para Operação fica condicionada à assinatura do Termo de Compromisso.”

65. Resolução ANP-17/2010:

“Art. 11. A autorização para operação será outorgada pela ANP nas condições estabelecidas no Termo de Compromisso a ser assinado pela requerente.

“(…)”.

“§ 3º. A outorga da Autorização para Operação fica condicionada à assinatura do Termo de Compromisso.”

de universalização de energia elétrica, no programa “Luz Para Todos”. Para o biênio 2009/2010 a Resolução Normativa 365/2009 previa a possibilidade de celebração de termo de compromisso entre Ministério das Minas e Energia/MME, ANEEL, Eletrobrás e a distribuidora de energia elétrica para usufruir o prazo máximo de vigência do Programa para satisfazer as metas de universalização em área rural.<sup>66</sup>

Outra funcionalidade corresponde à *cessação da atividade de fiscalização* pela agência reguladora mediante celebração de acordo regulatório desta com o regulado cuja atividade seja objeto de fiscalização. A Resolução ANEEL-333/2008, por exemplo, determina que a assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório.<sup>67</sup>

Apesar de a regulação consensual se prestar a diferentes funcionalidades, prevalecem os acordos administrativos voltados à *substituição da sanção* cominada pela autoridade regulatória.

O processo de definição de regras para exercício da função regulatória, forte nos anos 2000 mas ainda inacabado, constitui etapa determinante à efetiva afirmação das agências reguladoras no cenário institucional. Seguem as agências reguladoras o arcabouço regulatório formado pelas leis de criação (os denominados “marcos regulatórios”), decretos, regimentos internos e os diversos atos normativos editados a partir do exercício do poder normativo de que dispõem. No geral, as leis de criação, decretos e regimentos internos versam primordialmente sobre a organização administrativa das agências reguladoras, com a estipulação dos órgãos internos que as compõem (como Diretorias, Superintendências, Setores, entre outros) e a distribuição de competências entre eles. Uma vez que os *processos regulatórios* adotados pelas agências reguladoras para editar atos normativos, adjudicar, fiscalizar ou aplicar sanções administrativas são delineados

66. Resolução Normativa ANEEL-365/2009, art. 4º, § 2º: “§ 2º. Para a distribuidora que celebrar termo de compromisso para o biênio 2009-2010, o prazo máximo para atingir a universalização na área rural deverá observar o prazo máximo de vigência do Programa Luz para Todos em sua área de concessão, conforme as metas estabelecidas nos Anexos I e II desta Resolução, sendo que, para a área urbana, permanecer as metas estabelecidas nos Planos de Universalização já aprovados pela ANEEL”.

67. Resolução ANEEL-333/2008: “Art. 5º. A assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto”.



em seus respectivos atos normativos, pode-se afirmar que a atividade de regulação estatal é efetivamente disciplinada no âmbito *infralegal*.

Pela estipulação dos procedimentos de regulação confere-se previsibilidade às ações das agências reguladoras, que propicia a criação de um ambiente regulatório revestido de segurança jurídica. Ademais, a previsão dos processos regulatórios corrobora a legitimação do exercício das competências regulatórias.<sup>68</sup> Dessa forma, os regulamentos processuais das agências reguladoras ganham destaque na afirmação do modelo de agências, sendo sua definição objeto de cautelosos processos normativos, muitos deles abertos à participação administrativa, mediante estabelecimento de audiências e consultas públicas.<sup>69</sup>

Dentre as funções regulatórias, as de fiscalização e de aplicação de sanções administrativas foram especialmente conformadas pelas agências reguladoras nos regulamentos de fiscalização e de aplicação de sanções administrativas ou meramente sancionadores.<sup>70</sup> Alguns fatores podem ser salientados para explicar a atenção dada pelo regulador às atividades de fiscalização e sancionamento.

Uma primeira justificativa, de caráter histórico-institucional, corresponde à concepção das agências reguladoras como entes de fiscalização do desenvolvimento privado de atividades econômicas, antes de monopólio estatal, e prestadas diretamente pelo Poder Público, por intermédio de suas empresas estatais. Esta justificativa advém do momento da Reforma do Estado, cuja política de desestatização e de privatizações foi acompanhada pela retórica de formulação de um esquema eficaz de controle estatal da qualidade dos serviços públicos prestados pela iniciativa privada em colaboração com o Poder Público.<sup>71</sup> Incumbidas de proceder ao *controle de qualidade* da prestação de serviços públicos, as agências reguladoras trazem forte a função de

68. Cf. Egon Bockmann Moreira, “Agências reguladoras independentes, déficit democrático e elaboração processual de normas”, *RDPE* 2/47, Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2003.

69. V. o exemplo da Consulta Pública 847/2007, para análise do novo regulamento de aplicação de sanções administrativas pela ANATEL.

70. Cf. Carlos Ari Sundfeld, “Introdução às agências reguladoras”, in Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, 1ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 13.

71. Cf. Regina Pacheco, “O modelo de agências reguladoras no Brasil”, *Revista de Administração Pública* 40/531, n. 4, São Paulo, FGV, julho-agosto/2006.

fiscalização, e, conseqüentemente, a função de aplicação de sanções decorrentes da constatação de infrações administrativas, razão pela qual ambas foram detalhadas em regulamentos próprios.<sup>72</sup>

Porém, mais que a primeira justificativa, o fato é que a fiscalização e a aplicação de sanções pelas agências reguladoras são sensíveis ao regulado, com impacto imediato no desenvolvimento de suas atividades econômicas ou no retorno esperado a seus investimentos. Exceutada a caducidade, as sanções mais severas no âmbito regulatório correspondem às sanções pecuniárias – multa e interdição das atividades que tenham sido concedidas, permitidas ou autorizadas em contrato celebrado com o ente regulador –, o que coloca em evidência os custos da regulação sancionatória ao regulado. Constata-se, assim, uma exigência do regulado perante a agência reguladora de que esta preveja de forma bastante minuciosa o procedimento de fiscalização e aplicação de sanções, inclusive quanto ao sopesamento destas – o que explica, em certa medida, a alta participação dos concessionários de serviços públicos nas audiências e consultas públicas.<sup>73</sup>

Ademais, a própria edição da lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) ensejou a revisão dos procedimentos adotados pela Administração Pública como um todo, mais incisivamente, porém, no âmbito das agências reguladoras, para fins de compatibilização com as disposições legais de hierarquia superior. A Resolução Normativa ANEEL-63/2004, que aprova os procedimentos de fiscalização e de sanção de sua alçada, indica ser a edição da Lei 9.784/1999 um dos motivadores da edição do ato normativo para disciplina da competência sancionatória em seus “considerandos”, nos seguintes termos: “Considerando a necessidade de se adequar, rever e atualizar

72. A definição de “poder de polícia administrativa” apresentada no art. 3º, XX, do Regulamento de Fiscalização da ANATEL (Resolução 441/2006) remete a essa primeira justificativa histórico-institucional: “Poder de polícia administrativa: capacidade de agir da ANATEL, em cumprimento à sua obrigação institucional, estabelecendo as medidas necessárias para limitar ou disciplinar deveres, direitos e interesses, regulando as práticas ou abstenções de atos concernentes à organização das telecomunicações brasileiras, em razão do interesse público”.

73. Na Consulta Pública 847/2007, da ANATEL, 70% das propostas foram formuladas pelos prestadores de serviços e 20% pelas associações dos prestadores de serviços (cf. Juliana Bonacorsi de Palma, “Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da ANATEL”, *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* 8/17, Belo Horizonte, Fórum, 2010).



os procedimentos para apurar infrações e impor penalidades, especialmente em face das alterações na legislação federal aplicável aos processos administrativos em geral; (...)”.

Dessa forma, cada agência reguladora criou sua disciplina própria para fiscalizar e aplicar sanções administrativas, buscando contemplar os interesses do regulado, com previsibilidade de detalhados critérios de aplicação e sopesamento das sanções, e o interesse da própria agência em afirmar sua autoridade regulatória mediante a imposição de sanções.

No que tange à aplicação de sanções, a partir de 2000 os processos administrativos sancionadores passaram a ser definidos autonomamente em atos normativos. Porém, dada a característica da permeabilidade da regulação, ao lado da definição do processo sancionatório foram também previstos acordos substitutivos ou integrativos da sanção administrativa em significativa parcela das agências reguladoras.

Ao lado da previsão dos acordos regulatórios em matéria sancionadora nos regulamentos de processos administrativos, há em algumas agências reguladoras atos normativos específicos e autônomos para disciplina dos termos da substituição ou da integração das sanções administrativas.

Por influência da Medida Provisória 2.177/2001, que alterou a Lei 9.656/1997 para prever expressamente acordos regulatórios nos processos administrativos para apuração de infrações por operadoras de planos de saúde privados,<sup>74</sup> a ANS editou a Resolução 57/2001 para detalhar na esfera infralegal o trâmite do “termo de compromisso de ajuste de conduta”/TCAC firmado com os operadores de planos privados de saúde.

O TCAC, que poderá ser proposto apenas pela ANS, mais especificamente pela Diretoria onde o processo administrativo tramitar,

74. A Medida Provisória 2.177/2001 incluiu sete parágrafos no art. 29 da Lei 9.656/1997 e alterou a redação de seu *caput*, para disciplinar o TCC, nos seguintes termos (art. 29, § 1º): “O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a Diretoria Colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a: I – cessar a prática de atividades ou atos objeto de apuração; e II – corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes”.

submete-se a apreciação prévia pela Procuradoria da ANS. Havendo concordância sobre seus termos entre o regulado e a Diretoria Colegiada da ANS, o TCAC é celebrado, acarretando a imediata suspensão do processo administrativo sancionador e posterior extinção do processo com o cumprimento do ajuste. Mediante a celebração do TCAC o compromissário se obriga a cessar a prática dos atos objeto de investigação e, ainda, corrigir as irregularidades averiguadas, sem prejuízo de indenização, se for o caso. A celebração do TCAC na ANS não importa confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento da ilicitude da conduta apurada. Caso haja descumprimento do termo, a suspensão do processo administrativo é revogada, e o compromissário fica impedido de celebrar TCAC por um período de dois anos.

Em 2007 a ANS editou a Instrução Normativa 3/2007 para centralizar na Gerência-Geral de Fiscalização Descentralizada o exame de oportunidade e conveniência da negociação e celebração do TCAC, a quem incumbe também o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento do termo de compromisso.

Com a finalidade de “assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público”,<sup>75</sup> a ANTT editou a Resolução 152/2003 para dispor sobre o “termo de ajuste de conduta”/TAC. A sucinta disciplina da Resolução 152/2003, revogada pela Resolução 442/2004, por sua vez alterada pela Resolução 847/2005, indicava que o cumprimento dos compromissos para correção das irregularidades determinaria o arquivamento do processo sancionador. Se o ajuste não fosse cumprido, instaurar-se-ia processo para apurar a responsabilidade e aplicar as sanções pelo descumprimento do TAC.<sup>76</sup> Com a Resolução 847/2005 a disciplina do termo de compromisso foi especificada para condicionar o atestado de cumprimento do TAC à análi-

75. “Considerando” da Resolução ANTT-152/2003.

76. Necessário apontar, porém, algumas incoerências mais incisivas da Resolução 152/2003 com a lógica da consensualidade. Primeiramente, o TAC na ANTT é eminentemente unilateral, nos termos do art. 1º da resolução, que determina ser o TAC “prerrogativa da ANTT”. Ademais, o TAC tem sua funcionalidade retirada pelo art. 5º da resolução, pois torna a celebração do instrumento consensual um indiferente, na medida em que a ANTT poderá, a seu exclusivo critério, conduzir processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades transacionadas. *In verbis*: “A celebração do TAC não impedirá que a ANTT possa, se assim entender, deflagrar o processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades”.



se de relatório específico e, ainda, prever a instrução do processo administrativo instaurado em razão da inexecução do TAC.

Pela Resolução 333/2008 a ANEEL passou a dispor de regulamento próprio para disciplina do acordo regulatório em matéria sancionatória, denominado pelo ente regulador de “termo de compromisso de ajuste de conduta”/TAC.<sup>77</sup> Trata-se de ato normativo que disciplina pormenorizadamente a dinâmica do TAC, desde os requisitos para sua celebração até as obrigações que os termos podem cominar, sua formalização e os efeitos de seu descumprimento.

O TAC na ANEEL é celebrado no âmbito do processo de fiscalização e de aplicação de sanções tramitado frente aos regulados em relação de sujeição especial com a agência. Em outros termos: a ANEEL está autorizada a celebrar acordos regulatórios somente com concessionários, permissionários e autorizados de serviço público. Previamente à deliberação da Diretoria Colegiada a respeito da celebração do TAC, a proposta apresentada pelo regulado submete-se ao crivo técnico do superintendente de fiscalização da ANEEL, para emissão de parecer positivo ou negativo. Caso a Diretoria Colegiada delibere favoravelmente, com base no impreciso “interesse público”, há celebração do TAC, e o processo de fiscalização é arquivado. Porém, se a proposta de acordo for rechaçada pela autoridade competente, abre-se prazo para interposição de recurso.

Como obrigação, a Resolução 333/2008 determina que o regulado cesse a prática da conduta objeto de fiscalização, corrija eventuais desconformidades e as informe aos consumidores, bem como realize investimentos ou implemente ações determinadas em plano de ações ou investimentos. Paralelamente às obrigações, ainda é possível que haja imposição de multa pela autoridade reguladora, conforme parecer emitido pelo superintendente de fiscalização da ANEEL. A celebração do TAC não importa confissão do agente quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude. Se houver descumprimento do acordo regulatório, o regulado será intimado a manifestar-se, e posteriormente será emitido certificado de descumprimento acompa-

77. Resolução 333/2008: “Art. 1º. A ANEEL poderá, alternativamente à imposição de penalidade, firmar termo de compromisso de ajuste de conduta – TAC com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, com vistas a adequar a conduta desses agentes às disposições legais, regulamentares ou contratuais”.

nhado de cominação de multa. É defesa a celebração de TAC no prazo de quatro anos em razão do descumprimento do termo, assim como dois ou mais termos sobre o mesmo objeto.

Mais recentemente, o Decreto 7.729/2012 estabeleceu o programa “Cinema Mais Perto de Você” e legitimou a ANCINE a firmar TCACs para corrigir irregularidades, cessar atividades danosas e indenizar os danos eventualmente provocados pelo compromissário na execução da política. Segundo seu art. 24, são cláusulas obrigatórias do instrumento consensual especificado a obrigação de cessar ou corrigir atos irregulares, indenizar os prejuízos decorrentes da ação irregular do compromissário, comprometer-se a pagar pena pecuniária de R\$ 2.000,00 a R\$ 2.000.000,00, ressarcir pelas despesas com a investigação da infração e instrução do procedimento administrativo. O TCAC tem eficácia de título executivo extrajudicial e não importa confissão do compromissário quanto à matéria de fato e de direito.

A breve descrição dos modelos de acordos regulatórios em matéria sancionadora demonstra que a consensualidade adquire instrumentalidade e procedimento próprios de acordo com a disciplina conferida pelos atos normativos das agências reguladoras. Apesar dessas disparidades em relação ao mesmo instituto, que toca até mesmo à nomenclatura dos acordos, constata-se que a consensualidade perpassa pelas agências reguladoras em geral, e encontrou no âmbito regulatório ambiente propício para desenvolvimento muito por conta do caráter da permeabilidade que caracteriza o cenário regulatório.

### *3.1.5 Proliferação da consensualidade: previsão normativa de novos acordos administrativos*

Se a prática da consensualidade no que tange aos acordos celebrados entre Poder Público e interessado no âmbito do processo administrativo ainda pode ser considerada incipiente, com experiências mais efetivas em apenas alguns entes da burocracia estatal, o que se verifica no âmbito normativo, porém, é uma verdadeira aposta nos acordos administrativos como mecanismos de satisfação de finalidades públicas. Ocorre que desde 2010 se evidencia notável produção normativa federal, com criação de instrumentos consensuais das mais variadas finalidades.<sup>78</sup>

78. Em recente pesquisa empírica foram relacionadas 4 leis ordinárias, 29 decretos e 1 medida provisória que dispõem sobre instrumentos consensuais.



Alguns desses instrumentos foram concebidos no âmbito de *políticas públicas* ou *marcos regulatórios* específicos. É o que se evidencia, por exemplo, com a lei de resíduos sólidos (Lei 12.305/2010), que prevê os termos de ajustamento de conduta e os termos de compromisso como instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos (art. 8º, XVIII).<sup>79</sup> Para viabilizar o “Programa Pró-Catador”, os órgãos do Governo Federal encontram-se autorizados pelo Decreto 7.405/2010 a celebrar “ajustes” com órgãos ou entidades estatais, consórcios públicos, cooperativas e associações de catadores, bem como entidades sem fins lucrativos (art. 4º). Ainda, o Decreto 7.642/2011, que disciplina o “Programa Ciência sem Fronteiras”, do Governo Federal, prevê a celebração de “ajustes” para viabilizar sua execução.<sup>80-81</sup>

Com o reconhecimento de que a função administrativa pode ser desempenhada por meio da consensualidade, com emprego de métodos concertados para satisfação de finalidades públicas, *normas com conteúdo geral, aplicáveis à Administração direta e indireta*, abarcaram a consensualidade ao lado de outros esquemas consagrados de atuação administrativa no objeto de incidência normativa. No caso da lei de acesso à informação pública (Lei 12.527/2011), por exemplo, os “ajustes” foram explicitamente submetidos à aplicação dos preceitos legais.<sup>82-83</sup> No Decreto 7.423/2010, que regulamenta as fundações de

79. O Decreto 7.404/2010, que regulamenta a lei de resíduos sólidos, prevê o termo de compromisso como um dos instrumentos de implantação da logística reversa: “Art. 15. Os sistemas de logística reversa serão implementados e operacionalizados por meio dos seguintes instrumentos: I – acordos setoriais; II – regulamentos expedidos pelo Poder Público; ou III – termos de compromisso”.

80. Decreto 7.642/2011: “Art. 3º. Para execução do Programa Ciência sem Fronteiras poderão ser firmados convênios, acordos de cooperação, ajustes ou outros instrumentos congêneres, com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como entidades privadas”.

81. Nessa linha também são indicados: o Decreto 7.535/2011, que prevê a possibilidade de celebração de ajuste para executar o “Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Água – Água para Todos” em seu art. 3º, § 1º; o Decreto 7.492/2011, que institui o “Programa Brasil sem Miséria” e indica o ajuste como meio de execução da política pública (art. 11); o Decreto 7.819/2012, que condiciona a habilitação no “Programa Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores/INOVAR-AUTO” à celebração de termo de compromisso, em seu art. 4º; e o Decreto 7.830/2012, cuja adesão ao “Programa de Regularização Ambiental/PRA” condiciona-se à celebração de termo de compromisso, nos termos de seu art. 9º.

82. Lei de acesso à informação pública (Lei 12.527/2011): “Art. 2º. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que

apoio com atuação em instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica, os “ajustes” também foram indicados como objeto de incidência de seus correspondentes preceitos legais.<sup>84</sup>

Há, ainda, normas que conferem a funcionalidade de ordenar *transferências obrigatórias* para execução de ações específicas, a exemplo do “Programa Territórios da Cidadania”, pela Lei 12.249/2010,<sup>85</sup> e do “Programa de Aceleração do Crescimento”.<sup>86-87</sup> Trata-se de *acordos de gestão*,<sup>88</sup> tal qual o TAC inserido na Lei 9.469/1997, que dispõe sobre a transação em juízo pela Advocacia-Geral da União/AGU, para prevenir ou terminar litígios que envolvam interesse público da Administração direta e autárquica da União, a ser celebrado pela AGU.<sup>89</sup>

recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres”.

83. Na mesma linha o Decreto 7.724/2012, que regulamenta a lei de acesso à informação pública (Lei 12.527/2011), prevê a incidência de seus preceitos às entidades, públicas ou privadas, que tenham estabelecido com o Poder Público “ajustes” que importem transferência de recursos públicos.

84. Decreto 7.423/2010: “Art. 8º. As relações entre a fundação de apoio e a instituição apoiada para realização dos projetos institucionais de que trata o § 1º do art. 6º devem ser formalizadas por meio de contratos, convênios, acordos ou ajustes individualizados, com objetos específicos e prazo determinado”.

85. Lei 12.249/2010:

“Art. 106. As transferências obrigatórias para a execução das ações do PTC são condicionadas ao cumprimento dos seguintes requisitos pelos Municípios beneficiários, conforme constante em termo de compromisso: (...).

“§ 1º. A aprovação formal pela União do termo de compromisso de que trata o *caput* é condição prévia para a efetivação das transferências de recursos financeiros da União.”

86. Lei 11.578/2007:

“Art. 3º. As transferências obrigatórias para execução das ações do PAC são condicionadas ao cumprimento dos seguintes requisitos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios beneficiários, conforme o constante de termo de compromisso: (...).

“§ 1º. A aprovação formal pela União do termo de compromisso de que trata o *caput* deste artigo é condição prévia para a efetivação da transferência obrigatória.”

87. Nessa linha, cf.: Decreto 7.745/2012, art. 2º; Decreto 7.804/2012 e Decreto 7.836/2012.

88. Cf. item 3.3.1.2., e, desta obra.

89. Lei 9.469/1997, art. 4º-A (inserido pela Lei 12.249/2010): “Art. 4º-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter: I – a descrição das obrigações assumidas; II – o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; III – a forma de fiscalização



Outro exemplo de acordo de gestão corresponde ao “ajuste” indicado no Decreto 7.153/2010, segundo o qual órgãos e entidades da Administração direta e indireta envolvidos em um litígio de interesse público podem delegar competências entre si por meio de ajustes para fins de execução da representação e da defesa extrajudicial junto ao Tribunal de Contas (art. 4º).<sup>90</sup>

Interessante verificar que, em comum, a maior parte dessas normas reconhece o caráter normativo dos instrumentos consensuais. Na qualidade de mecanismos obrigacionais de autovinculação administrativa, significativa parcela dos acordos administrativos editados a partir de 2010 assume caráter normativo, a exemplo do Decreto 7.404/2010, de regulamentação da lei de resíduos sólidos, e do Decreto 7.217/2010, que regulamenta a lei de saneamento básico (Lei 11.445/2007), ao prever a possibilidade de TAC definir a responsabilidade de determinados resíduos sólidos, a par de normas legais ou administrativas ou, ainda, decisão judicial.<sup>91</sup> O Decreto 7.579/2011, que dispõe sobre o Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação/SISP, incumbe à Comissão de Coordenação do SISP o acompanhamento e a avaliação dos resultados da regulamentação editada pelo Órgão Central do SISP e propor “ajustamentos” (art. 5º).

Acordos integrativos também foram previstos nesta leva de normas federais que dispõem sobre instrumentos consensuais. É o caso do Decreto 7.562/2011, que condiciona o funcionamento de instituições e a oferta de programas de residência médica, dentre outros requisitos, à celebração de termo de compromisso firmado com a instituição requerente da autorização administrativa (art. 18, § 4º, III). Outro exemplo consiste no termo de compromisso previsto no Decreto

de sua observância; IV – os fundamentos de fato e de direito; e V – a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento”.

90. Nessa linha, cf. o Decreto 7.788/2012, cujo art. 4º, § 1º, prevê o repasse de recursos ao Fundo Nacional de Assistência Social também por meio de “ajuste”.

91. Decreto 7.217/2010: “Art. 12. Consideram-se serviços públicos de manejo de resíduos sólidos as atividades de coleta e transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive por compostagem, e disposição final dos: (...); II – resíduos originários de atividades comerciais, industriais e de serviços, em quantidade e qualidade similares às dos resíduos domésticos, que, por decisão do titular, sejam considerados resíduos sólidos urbanos, desde que tais resíduos não sejam de responsabilidade de seu gerador nos termos da norma legal ou administrativa, de decisão judicial ou de termo de ajustamento de conduta; e (...).”

7.845/2012, intitulado termo de compromisso de manutenção de sigilo/TCMS, imprescindível ao acesso à informação a pessoa não credenciada e não autorizada na legislação.<sup>92</sup>

### 3.2 Há um modelo de consensualidade no direito administrativo brasileiro?

A consensualidade pode estar dispersa pelo ordenamento jurídico quando disciplinada em diversas normas que versam sobre os diferentes instrumentos de atuação administrativa consensual, assim como os casos em que esta estaria autorizada a atuar de forma concertada. Trata-se de um *modelo de previsão normativa difusa* da atuação administrativa consensual, marcada pela pontualidade de suas prescrições. Isso significa que apenas a parcela da Administração Pública contemplada nas normas que dispõem sobre a consensualidade está autorizada a proceder de modo concertado, utilizando os instrumentos consensuais nelas previstos.

Já, o *modelo de previsão normativa por permissivo genérico* é marcado pela presença de um permissivo autorizativo genérico à Administração Pública para que celebre acordos administrativos, sem prejuízo de normas especiais que disponham mais especificamente sobre a dinâmica da atuação consensual. Como consequência, a Administração Pública como um todo estaria, *a priori*, legitimada a celebrar acordos administrativos independentemente da previsão, ou não, em norma específica. Este modelo é verificado, por exemplo, nas leis de processo administrativo italiana, espanhola e alemã, que dispõem expressamente sobre a viabilidade da atuação administrativa concertada.

92. Decreto 7.845/2012:

“Art. 18. O acesso, a divulgação e o tratamento de informação classificada ficarão restritos a pessoas com necessidade de conhecê-la e que sejam credenciadas na forma deste Decreto, sem prejuízo das atribuições dos agentes públicos autorizados na legislação.

“Parágrafo único. O acesso à informação classificada em qualquer grau de sigilo a pessoa não credenciada ou não autorizada por legislação poderá, excepcionalmente, ser permitido mediante assinatura de termo de compromisso de manutenção de sigilo – TCMS, constante do Anexo I, pelo qual a pessoa se obrigará a manter o sigilo da informação, sob pena de responsabilidade penal, civil e administrativa, na forma da lei.”



O modo de previsão da consensualidade evidenciado no direito administrativo brasileiro aproxima-se do modelo de previsão difusa da consensualidade, dada a ausência de permissivo genérico na lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) que faculte a adoção de esquemas concertados pela Administração Pública Federal. Pelo contrário, evidencia-se a existência de várias normas dispositivas de instrumentos consensuais legitimando *ad hoc* a atuação administrativa consensual por parte da Administração Pública autorizada para tanto.

Não há na lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) norma que sirva de permissivo genérico para que toda a Administração Pública Federal possa atuar de forma concertada. O que se evidencia é a existência de várias normas dispositivas de instrumentos consensuais e, dentro dos setores regulados, alguns atos normativos que cumprem o papel de permissivos genéricos regulatórios, como a Resolução ANTAQ-987/2008, A Resolução ANEEL-333/2008 e a Resolução ANS-57/2001.

O Estado de São Paulo, porém, possui permissivo genérico para que a Administração Pública paulista, direta e indireta, celebre termos de ajustamento de conduta/TACs. Sem definir uma materialidade específica ou indicar as obrigações que o compromissário deve satisfazer, o Decreto 52.201/2007 consiste efetivamente em um permissivo genérico. Para que os TACs sejam celebrados, porém, faz-se necessária a prévia manifestação favorável da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Os acordos administrativos congregam *múltiplas funcionalidades* nos sistemas estudados, que não apenas a substituição do provimento final, unilateral e imperativo, por outro de índole consensual. Ao desdramatizar as diferentes classificações dos acordos administrativos pôde-se tomar contato com os papéis desempenhados pelos acordos administrativos instrumentalmente celebrados para exercício da função administrativa. O acordo integrativo, instrumento comum a ambos os ordenamentos, por exemplo, presta-se a várias finalidades, como a adequação do processo administrativo, com a definição das regras que disciplinarão seu trâmite, a complementação da decisão final, o condicionamento do ato administrativo benéfico ao cumprimento de uma obrigação específica, conferir celeridade à execução do ato final, agilizar o processo administrativo, mediante a substituição de um específico ato procedimental – entre outras.

Flexíveis e atípicos, os acordos administrativos podem servir a finalidades diversas, sendo delineados, portanto, conforme o escopo que venham a atender. De uma forma geral, a consensualidade visa a manter a qualidade da decisão administrativa e sua eficácia, a conferir celeridade ao procedimento administrativo e à execução da decisão final, bem como propiciar segurança jurídica, com a definição das normas de disciplina jurídica de dada relação jurídico-administrativa.

### 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

Se é incisivo o papel desempenhado pela doutrina na definição do direito administrativo, no tema da consensualidade os estudos teóricos assumem inquestionável relevância. Isso se deve ao fato de a consensualidade resultar diretamente dos debates doutrinários e jurisprudenciais travados nos sistemas da Europa Continental sobre temas que viriam a colmatar a atuação administrativa consensual, como participação administrativa, atividade privada administrativa, autonomia privada da Administração e contrato de direito público. No direito administrativo italiano, por exemplo, Franco Scoca aponta que o cenário doutrinário dos anos 1980 foi marcado por essa ordem de temas, que, dentre outras contribuições, conformaram o arcabouço teórico da reforma administrativa conduzida na década seguinte;<sup>93</sup> reforma, esta, responsável por inserir os acordos administrativos como meio de atividade administrativa no art. 11 da então recém-editada lei de processo administrativo italiana – Lei 241/1990.<sup>94</sup>

93. Franco Scoca, “Autorità e consenso”, in *Autorità e Consenso nell’Attività Amministrativa*, Milão, Giuffrè, 2002, p. 31.

94. A elaboração da lei de processo administrativo italiana ficou a cargo da *Comissão Nigro*, conduzida pelo jurista Nigro, cujos integrantes estiveram diretamente envolvidos com os diversos temas relacionados à atuação administrativa, a exemplo do próprio Nigro, importante nome nos debates precursores da consensualidade no direito administrativo italiano. Nessa medida, o art. 11 da lei de processo administrativo italiana, concretização da reforma administrativa, resulta desses debates teóricos que pautaram a Comissão Nigro (cf. Stefano Cognetti, “Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1/125-130, Milão, Giuffrè, 1990).



Também no direito administrativo brasileiro a doutrina desempenha relevante papel no tema da consensualidade, mas com uma função diversa daquela de “preparação do terreno” para a positivação dos acordos administrativos, evidenciada no caso italiano.

Primeiramente, a doutrina desempenha o papel de *internalização da consensualidade* no direito administrativo brasileiro. A consensualidade é colocada no cenário jurídico nacional por meio da doutrina após o contato dos autores com a farta produção da academia italiana e, em menor medida, da espanhola.<sup>95</sup> Apesar da previsão jurídica de instrumentos consensuais há longa data – mencione-se o exemplo da desapropriação amigável –, somente a partir da segunda metade dos anos 1990 o tema da atuação administrativa consensual passou a ser discutido no Brasil de forma mais técnica e sistematizada em torno do conceito de *consensualidade*.

Há, assim, um *incipiente debate teórico* sobre o conceito de *consensualidade*. Seguindo a tradição de enquadramento dogmático dos institutos jurídicos, que marca a metodologia de análise no direito administrativo brasileiro, os recentes estudos sobre a consensualidade concentram grandes esforços na determinação de sua *natureza jurídica*. Em comum, os textos inaugurais buscam conferir identidade nacional à atuação administrativa por meio de acordos pela exposição dos *fundamentos do surgimento da consensualidade*, bem como dos *instrumentos consensuais* existentes no Direito.

Apesar de o esforço ser comum, a caracterização da consensualidade varia, no entanto, significativamente de autor para autor.

Com relação aos fundamentos do surgimento da consensualidade, a *democracia substantiva* é recorrentemente lembrada nos estudos sobre a consensualidade. No geral, os textos desenvolvem a tese que o recente estágio da democracia dita maior envolvimento dos cidadãos na definição de políticas públicas e, no âmbito da Administração Pública, na tomada de decisões administrativas. Diante da redemocratização consagrada com a Constituição Federal de 1988<sup>96</sup> e da nova

95. Dentre as principais obras mencionadas por esses administrativistas ao tratar do tema da consensualidade estão: Tomás-Ramón Fernández e Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo* (9ª ed., vol. II, Madri, Civitas, 2004) de e Ernesto Sticchi Damiani, *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma* (Milão, Giuffrè, 1992).

96. Cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Participação popular na Administração Pública”, *RDA* 191/87, Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/1993.

ordem da cidadania, mais participativa, a consensualidade é apontada como decorrência natural do atual estágio de organização constitucional da Administração Pública.

Além de fundamentar a consensualidade, a democracia substantiva é também considerada o fator que enseja a *participação administrativa*. Este eixo de desenvolvimento comum, ao lado do fato de a participação administrativa ser o pressuposto prático da celebração de acordos administrativos, faz com que a consensualidade seja muitas vezes compreendida no tema da participação administrativa.<sup>97</sup> Nessa linha, também é comum que a participação administrativa seja mencionada nos textos sobre consensualidade, e até mesmo seja considerada como um instrumento consensual.<sup>98</sup>

Outro fundamento do surgimento da consensualidade apresentado corresponde à *contratualização*, dado o crescente recurso a módulos contratuais pela Administração Pública para satisfazer suas competências, privilegiando a figura do contrato administrativo em detrimento da intervenção direta estatal ou, ainda, das manifestações de autoridade do Poder Público. A contratualização seria termo amplo, que abrangeria dois elementos relacionados: os contratos administrativos e a concertação administrativa.<sup>99</sup>

Por fim, a *eficiência* consiste no terceiro fundamento indicado pela doutrina.<sup>100</sup> Na maior parte das vezes, porém, a eficiência não é nominalmente mencionada nos textos, que, ao invés, expõem genericamente as potencialidades positivas dos instrumentos consensuais, no que se convencionou denominar de “elogio ao consenso”. Com o elogio ao consenso, as externalidades positivas dos acordos administrativos são enaltecidas e apresentadas abstratamente, sem atentar às

97. Cf. Caio Tácito, “Direito administrativo participativo”, *RDA* 242/134, Rio de Janeiro, Renovar, outubro-dezembro/2005. Nessa linha, também 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.

98. Para uma exposição mais aprofundada sobre a relação consensualidade/participação administrativa, cf. item 2.3.2 desta obra.

99. Cf. Gustavo Henrique Justino de Oliveira, *O Contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira*, Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP no dia 5.5.2005, pp. 323 e ss.

100. Cf. Alexandre Santos de Aragão, “A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos”, *RDE* 1/66, Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/2006.



peculiaridades que cada tipo de instrumento consensual e cada contexto de aplicação determinam. A seguinte passagem de Diogo de Figueiredo Moreira Neto é sistematicamente reproduzida entre os administrativistas para descrever os efeitos positivos dos acordos administrativos, o “elogio ao consenso”:

É inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a junção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e concedente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos (ordem).<sup>101</sup>

O elogio ao consenso cumpre o papel de fundamentar a atuação administrativa consensual. Assim, na medida em que as competências detidas pelo Poder Público podem ser satisfeitas de forma menos incisiva ao administrado, com menores custos e resultados mais efetivos, a administração por acordos passa a ser compreendida como legítima na Administração Pública.

Os fundamentos do surgimento da consensualidade são, portanto, relativamente comuns, abrangendo democracia substantiva, contratualização e eficiência. Por outro lado, a *caracterização da consensualidade* difere significativamente de autor para autor quanto (i) aos *tipos de instrumentos* compreendidos na noção de consensualidade e (ii) à *listagem* desses instrumentos consensuais a partir do plano normativo. Essa disparidade de entendimento sobre a caracterização da consensualidade decorre diretamente do entendimento que se adota sobre o instituto. Há atualmente no direito administrativo brasileiro duas formas de compreensão da consensualidade: (i) se para a maioria dos administrativistas que se dedicaram ao tema a consensualidade corresponde ao *acordo de vontades* envolvendo a Administração Pú-

101. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro”, *RBDP* 3/36, Belo Horizonte, Fórum, 2001.

blica, (ii) uma pequena parcela da doutrina compreende a consensualidade como qualquer forma de *participação administrativa* ou *forma de exercício de função pública por particulares*.

### 3.3.1.1 Consensualidade em sentido amplíssimo

Para a vertente doutrinária que adota o critério da *participação administrativa* para delimitar a atuação administrativa consensual, a consensualidade se manifestaria em qualquer aproximação entre particulares e Administração Pública, independentemente da formalização contratual.<sup>102</sup> A consensualidade estaria, assim, intrinsecamente relacionada à participação administrativa, razão pela qual seus principais instrumentos seriam, além daqueles compreendidos na consensualidade em sentido amplo (acordos intragovernamentais, contratos administrativos, acordos mediados, ajustes de conduta e acordos para fins de controle), aqueles outros próprios da participação administrativa, quais sejam: a audiência pública e a consulta pública.<sup>103</sup>

### 3.3.1.2 Consensualidade em sentido amplo

A consensualidade também tem sido entendida como *acordo de vontades* entre Administração Pública e pessoas de direito público ou de direito privado manifestado quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais.<sup>104</sup> Esse é o critério mais

102. Cf. Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 272. Nesse sentido, também, Lúcia Vale Figueiredo, “Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade”, cit., *RDA* 230/383 e ss.

103. Adilson Dallari indica como mecanismos de consenso coadjuvante da decisão administrativa a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública e a assessoria externa. Quanto ao consenso determinante na formação da vontade administrativa, o autor indica o plebiscito, o referendo, a audiência pública, a cogestão e as delegações atípicas (“Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública”, *RDPE* 9/48 e ss., Belo Horizonte, Fórum, janeiro-março/2005).

104. “(...) um dos vetores da evolução na aplicação de mecanismos de consenso – mecanismos que propiciem o acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa, tanto os governantes como os governados, sobre as bases da ordem a que estão submetidos, naturalmente respeitando-se os limites da legalidade – situa-se na matéria dos contratos administrativos, aí concebido ‘contrato’ em seu sentido estrito” (Fernando Dias Menezes de Almeida, “Mecanismos de consenso no direito adminis-



recorrente, conforme o qual a Administração Pública, dotada de personalidade jurídica, satisfaz suas competências por meio de instrumentos tipicamente privados, assim entendidos por remeterem ao princípio da autonomia privada. Por essa razão, a consensualidade é, via de regra, apresentada no contexto de aumento do emprego de mecanismos privados pela Administração para satisfação do interesse público,<sup>105</sup> sendo a *contratualização* sua forma mais evidente.

A contratualização no âmbito da Administração Pública reflete-se tanto no aumento de previsão normativa de contratos administrativos, com a edição de leis que criam novas figuras contratuais para o exercício das funções públicas, quanto no maior recurso pela Administração aos contratos. Seu contexto mais recente está na Reforma do Estado, que marcou a passagem do Estado-empresário para um modelo de prestação indireta dos serviços públicos por intermédio de agentes privados.<sup>106</sup> As parcerias público-privadas (em sentido amplo) passaram a ter papel de destaque na gestão pública brasileira, que ensejou a edição de leis para dispor sobre novas figuras contratuais bem como sobre o regime jurídico do relacionamento entre Poder Público e parceiro privado. A contratualização foi, então, uma das principais técnicas de gestão da política de Reforma do Estado para dotar de eficiência a máquina administrativa, responsável por impulsionar a regulamentação de contratos com entes de colaboração do Poder Público (são exemplos as leis das organizações sociais e das sociedades civis de interesse público – Leis 9.637/1998 e 9.079/1999, respectivamente) e de contratos com parceiros privados para prestação de serviços públicos, como a lei de concessão comum (Lei 8.987/1995) e a lei de PPPs (Lei 11.079/2004).

Concebida como qualquer forma de acordo de vontades envolvendo a Administração Pública, a atuação consensual pode se formalizar nos seguintes instrumentos: (i) acordos intragovernamentais; (ii)

trativo”, in Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto (coords.), *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, pp. 343-344).

105. A dita “fuga para o direito privado”, que corresponde ao recurso cada vez maior pela Administração Pública de instrumentos de direito privado para satisfação de suas competências, é exposta pormenorizadamente por Maria João Estorninho (A *Fuga para o Direito Privado*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 121 e ss.).

106. Cf. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*.

contratos administrativos para prestação de serviço público ou social; (iii) acordos mediados ou métodos alternativos de resolução de conflitos; (iv) ajustes de conduta; e (v) ajustes para fins de controle.

#### (a) Acordos intragovernamentais

Os acordos intragovernamentais são caracterizados pelos ajustes celebrados exclusivamente por partes estatais, isto é, a Administração Pública, seus entes com personalidade jurídica e órgãos administrativos. Destaca-se nessa ordem de mecanismos o *contrato de gestão* (art. 37, § 8º, da CF),<sup>107</sup> recorrentemente trazido como exemplo nos estudos sobre a consensualidade no direito administrativo. Ainda, os *contratos de gestão federativa associada* estabelecidos na Lei 11.107/2005 – consórcios públicos, contratos de programa e contratos de rateio – são indicados como manifestação da contratualização na Administração Pública, assim como os convênios.<sup>108</sup>

#### (b) Contratos administrativos

No que tange aos *contratos administrativos para prestação de serviço público*, são referidos os contratos de concessão comum (Lei 8.987/1995) e os contratos de PPP (Lei 11.079/2004). Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka mencionam o acordo para execução de contratos administrativos previsto nas Leis 8.666/1993 e 11.107/2005 como um tipo de instrumento consensual

107. CF, art. 37, § 8º: “§ 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal”.

108. Diogo de Figueiredo Moreira Neto aparta os mencionados instrumentos em duas categorias. Para o autor, no rol da (i) execução associada não contratual por coordenação estariam abrangidos os convênios, os acordos de programa, as *joint ventures* públicas e as conferências de serviços. No campo dos (ii) vínculos não contratuais por colaboração estão os convênios, os acordos de programa, as *joint ventures* (“Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro”, cit., *RBDP* 3/49).



ao lado dos contratos de concessão indicados.<sup>109</sup> Também são inseridos no âmbito da consensualidade os contratos de parceria com entes de colaboração, como o contrato de gestão celebrado com as organizações sociais (Lei 9.637/1998) e os termos de parceria (Lei 9.790/1999) firmados com as sociedades civis de interesse público.<sup>110</sup> Outros instrumentos contratuais relacionados às atividades de fomento, regulação e intervenção do Estado na economia são apresentados por Floriano de Azevedo Marques Neto, como os contratos de parceria previstos na lei de inovação tecnológica (Lei 10.973/2004), os acordos regulatórios e os contratos de *joint ventures*.<sup>111</sup>

#### (c) Acordos mediados ou métodos alternativos de resolução de conflitos

Quando projetada na solução de *conflitos administrativos*, a consensualidade enseja a previsão de determinados instrumentos para

109. Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka, “A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação”, *RDE* 10/284, Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/2008.

110. Além dos instrumentos relacionados, Diogo de Figueiredo Moreira Neto indica as seguintes modalidades contratuais: concessão de uso de bem público, permissão de serviço público, arrendamento portuário, arrendamento operacional, franquia pública, gerenciamento privado de entidade pública, venda de bilheteria e contrato de risco (“Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro”, cit., *RBDP* 3/46 e ss.).

111. “Na função de fomento, também são inumeráveis as modalidades de contratos aptos a incrementar a atividade dos particulares, como nos dão notícias os contratos de incentivo, os contratos de inovação, os consórcios de desenvolvimento de pesquisas ou os contratos de condomínio em parques ou *clusters* tecnológicos. Na atividade de regulação, temos, além dos compromissos de desempenho e dos acordos regulatórios, as contratações híbridas e os modelos contratuais de regulação positiva, em que o regulado obtém acessos a mercados mediante o atendimento de metas de atendimento a grupos de usuários social ou geograficamente desatendidos. Por fim, na função de intervenção na economia há ainda mais campo para o desenvolvimento destes arranjos, mediante contratos de *joint ventures*, consórcios empresariais, ou mesmo parcerias institucionais em que o Poder Público participa como minoritário de uma sociedade, no âmbito da qual pactua mediante acordo de acionistas (que não deixa de ser uma espécie de contrato, vale dizer) garantias de governança e mecanismos de proteção de seu investimento” (Floriano de Azevedo Marques Neto, “Do contrato administrativo à administração contratual”, *Revista do Advogado* 107/76, São Paulo, AASP, dezembro/2009).

dirimi-los de forma negociada, sem a necessidade de manejo da autoridade estatal. Quanto à Administração Pública diretamente interessada no conflito, figurando como parte ao lado do administrado, apresentam-se a mediação, a conciliação e a arbitragem como mecanismos consensuais. Porém, estando a Administração Pública no exercício de sua competência para dirimir conflitos envolvendo administrados no âmbito do processo administrativo, seriam mecanismos consensuais a conciliação e a mediação promovida pelo próprio Poder Público. Dessa forma, também nesta hipótese de mediação ativa dos conflitos pela Administração Pública se estaria diante da consensualidade – conflitos, esses, geralmente verificados entre regulados, a exemplo de concessionárias e autorizatárias de serviço público e usuários de serviço público.<sup>112</sup>

#### (d) Ajustes de conduta

Um indicativo da ampla compreensão da consensualidade como acordo de vontades consiste na referência ao *ajuste de conduta* como instrumento consensual, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial. Dessa forma, os termos de ajustamento de conduta e os termos de compromisso para substituição de sanção são alguns dos exemplos colecionados na seara administrativa. O termo de ajuste de conduta/TAC celebrado pela Administração em ação civil pública (art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985)<sup>113</sup> consiste em outro instrumento consensual bastante lembrado, ao lado da desapropriação amigável (Decreto-lei 3.365/1941).<sup>114</sup> Adilson Abreu Dallari indica ser o acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública formalizado em TAC eficaz instrumento consensual para superação da questão dos precatórios.<sup>115</sup>

112. Cf. item 2.4 desta obra.

113. Lei 7.347/1985, art. 5º, § 6º: “§ 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”.

114. Decreto-lei 3.365/1941: “Art. 22. Havendo concordância sobre o preço, o juiz o homologará por sentença no despacho saneador”.

115. Adilson Dallari, “Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública”, cit., *RDPE* 9/25.



## (e) Acordos de gestão

Os acordos de gestão são reconhecidos pelas partes celebrantes, necessariamente estatais. Trata-se de instrumento de inovação na organização administrativa, de modo que os ajustes envolvendo exercício de atividades administrativas (basicamente, delegação de competências, quando esta não for legalmente interdita<sup>116</sup>) e correção de ações estatais irregulares ou ineficientes conferem maior flexibilidade estrutural ao Poder Público e, assim, permitem a melhor satisfação de finalidades públicas.

Com relação à organização administrativa, ressalte-se o exemplo do Decreto 7.153/2010, segundo o qual órgãos e entidades da Administração direta e da indireta envolvidos em litígio de interesse público podem delegar competências entre si por meio de ajustes para fins de execução da representação e da defesa extrajudicial junto ao Tribunal de Contas (art. 4º). Quanto à extinção de conflitos no âmbito interno da Administração Pública, indica-se o art. 4º-A da Lei 9.469/1997, inserido pela Lei 12.249/2010, pelo qual o TAC pode ser utilizado para prevenir ou terminar litígios de interesse público envolvendo a Administração direta e autárquica, mediante atuação da Advocacia-Geral da União.

No entanto, o acordo de gestão mais em voga na atual teoria do direito administrativo corresponde ao termo de ajustamento de gestão previsto no Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, redigido por Comissão de Juristas constituída pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão pela Portaria 426/2007.<sup>117</sup> Esse é o texto do art. 57 do mencionado Anteprojeto de Lei de Organização Administrativa, que dispõe sobre os termos de ajustamento de gestão:

116. A lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) interdita a delegação de competência exclusiva, normativa ou recursal, em seu art. 13.

117. Participaram da redação do referido Anteprojeto de Organização Administrativa, com a finalidade de substituir o Decreto-lei 200/1967, os juristas Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sérgio de Andréa e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (presidente). A versão final está disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/leiorganica/anteprojeto.pdf> (acesso em dezembro/2012).

Art. 57. Os órgãos de controle público podem propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade.

Parágrafo único. O termo de ajustamento de gestão não pode ter por objeto a limitação de competências discricionárias do gestor, nem a imposição de obrigações para os particulares, por via direta ou reflexa.

Conforme se evidencia da leitura do teor do art. 57 do Anteprojeto de Lei de Organização Administrativa, nota-se o endereçamento de seu conteúdo especialmente às instituições de controle interno da Administração Pública. Ao se admitir a consensualidade no controle interno da atuação administrativa incute-se outra lógica de controle, mais focada na satisfação de resultados (controle *ex post*) e na eficiência da ação administrativa. Tem-se aí um campo necessário à abertura à consensualidade, não sem argumentos de resistência e interesses na experimentação administrativa do acordo de gestão.

3.3.1.3 *Consensualidade em sentido estrito*

Da análise das normas que dispõem sobre a consensualidade em sentido estrito no direito administrativo brasileiro constatam-se duas categorias a partir da funcionalidade formal que os acordos administrativos apresentam, pensadas a partir da análise de Direito Comparado, quais sejam: os acordos integrativos e os acordos substitutivos, genericamente denominados “acordos administrativos”.

## (a) Acordos integrativos

A atuação administrativa concertada não coloca em evidência, necessariamente, uma dicotomia entre ato administrativo imperativo e unilateral, de um lado, e ato consensual, do outro. Se a consensualidade no direito administrativo é reconhecida pela negociação do exercício da prerrogativa imperativa, por certo que o afastamento da imperatividade pela transação no âmbito do processo administrativo não corresponde à única forma de a Administração Pública agir de acordo com a consensualidade.



Os *acordos integrativos* caracterizam-se por precederem o provimento administrativo final, sem o substituir, razão pela qual também são denominados de acordos endoprocedimentais ou acordos preliminares. Correspondem aos acordos firmados entre a Administração Pública e o administrado com vistas a modelar o ato final, o qual, contudo, continua sendo de competência unilateral da Administração. Dessa forma, o acordo integrativo não se coloca no esquema binário ato imperativo/consensualidade; ou seja: este tipo de acordo não é antípoda do ato imperativo e unilateral, de forma que sua celebração determine o afastamento da prerrogativa imperativa.<sup>118</sup> Voltado a “determinar o conteúdo discricionário do provimento final”, o acordo integrativo implica negociação do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração em, basicamente, três vertentes: (i) condicionamento do ato final a uma obrigação consensualmente estabelecida, (ii) complementação consensual do provimento final e (iii) adequação do ato final mediante a substituição de um ato específico do processo.

Pela análise das normas selecionadas, que dispõem sobre a atuação concertada do Estado, é possível identificar a existência dos denominados *acordos integrativos*, na linha do direito administrativo italiano e sua Lei 241/1990. Este tipo de acordo caracteriza-se pelo delineamento do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração Pública de forma negociada, ou seja: não se afasta por inteiro a prerrogativa estatal, mas Administração e administrado firmam acordos com a finalidade de estabelecer o modo de emprego da autoridade estatal.

Como consequência, a celebração de acordos integrativos no transcurso do processo administrativo não determina a terminação consensual do processo. Trata-se de acordo integrado ao processo, verdadeiro ato processual, voltado à emissão de ato imperativo e unilateral pela Administração Pública de forma mais célere ou mais adequada às especificidades do caso concreto. A celeridade processual e a adequação do provimento administrativo final resultam da modelagem conferida pelo acordo integrativo, então condição da emissão do ato administrativo final.

118. Pierpaolo Grauso, *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*, Milão, Giuffrè, 2007, p. 61.

Em matéria ambiental, por exemplo, o Decreto 99.274/1990, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, confere ao termo de compromisso previsto em seu art. 42 a natureza de acordo integrativo, pois não substitui a multa, mas pode determinar a redução do seu valor em até 90% pela celebração de termo de compromisso para adoção de medidas específicas para cessar e compensar a degradação ambiental. Dessa forma, o processo sancionador não é extinto consensualmente, e nem o ato final deixa de ser imperativo e unilateral, mas deve-se apontar a evidente conformação consensual da prerrogativa sancionatória, a qual é exercida de forma menos incisiva ao administrado.

O acordo de leniência previsto no art. 86 da Lei 12.529/2011 pode ser considerado um acordo integrativo quando sua celebração pela SDE com o agente econômico em processo sancionador antitruste determinar a redução de 1 a 2/3 da penalidade aplicável.<sup>119</sup> Caso a obrigação de cooperação nas investigações e no desenvolvimento do processo administrativo estabelecida em acordo de leniência tiver como contrapartida a “extinção da ação punitiva da Administração Pública”, estar-se-á diante de acordos substitutivos, porquanto há terminação consensual do processo, sem aplicação de sanção administrativa. Novamente, acerta-se bilateralmente o exercício da prerrogativa sancionatória de forma mais leve, não tão incisiva ao administrado.

De se notar, no entanto, que a principal funcionalidade dos acordos integrativos no direito administrativo brasileiro consiste na viabilização de autorizações administrativas. Para que a Administração Pública autorize o desenvolvimento de determinada atividade, estas normas condicionam o ato autorizativo à celebração de acordos integrativos, nos termos que especificam.

Dessa forma, a Portaria ANP-91/2004 delega competência ao titular da Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural da ANP para, mediante celebração de termo de compromisso, autorizar o

119. Lei 12.529/2011: “Art. 86: “O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (...)”.



exercício das atividades de modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural em razão de ampliação de capacidade, bem como autorizar a operação das respectivas instalações. Nesse sentido, a Resolução ANP-25/2008 vincula a autorização de operação de planta produtora e a comercialização do biodiesel à celebração de termo de compromisso caso haja risco à segurança operacional e à saúde dos trabalhadores, ou para prevenção de impactos ao meio ambiente, nos seguintes termos:

Art. 12. Durante a vistoria, uma vez observadas situações específicas em que possa haver comprometimento dos aspectos relacionados à segurança operacional, saúde dos trabalhadores e prevenção de impactos ao meio ambiente, para os casos em que não houver risco iminente de danos, a autorização de operação fica condicionada à assinatura de termo de compromisso entre a ANP e a requerente. Para todos os demais casos, a ANP se reserva o direito de não autorizar a operação da planta até que sejam solucionados os fatos geradores da não conformidade.

Com redação dada pela Lei 11.445/2007, que regula o setor de saneamento ambiental, a Lei 8.987/1995 passou a condicionar, em seu art. 42, § 3º, o ato de autorização da prestação precária de serviços públicos, cuja validade máxima seria até 31.12.2010, a certas obrigações, dentre elas a celebração de acordo integrativo entre o poder concedente e a concessionária sobre os critérios e a forma de indenização de créditos remanescentes de investimentos não amortizados ou depreciados.<sup>120</sup>

Os acordos integrativos também são visualizados como mecanismo necessário ao atendimento de solicitação dirigida à Administração Pública. É o que verifica com a Resolução ANS-19/2002, que condi-

120. O art. 42, § 3º, da Lei 8.987/1995 condiciona a emissão do ato de autorização da prestação precária de serviços públicos ao levantamento amplo e retroativo dos elementos físicos da infraestrutura e de bens reversíveis, à publicação do ato de autorização e, ainda, à “celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizado ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes”.

ciona a Revisão Técnica de operadora privada de plano de saúde à celebração de termo de compromisso caso o regulador constate, na análise da proposta, a concorrência de fatores de desequilíbrio de natureza gerencial. Neste caso, o termo de compromisso objetiva implantar Programa de Reestruturação Gerencial.<sup>121</sup>

Ademais, o acordo integrativo pode servir para conferir determinada característica a uma utilidade pública, como é o caso da Lei 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, cujo art. 21 condiciona o gravame de perpetuidade da reserva particular do patrimônio natural à celebração de termo de compromisso.<sup>122</sup>

Embora os acordos integrativos sejam previstos em menor medida que os substitutivos, deve-se registrar a potencialidade de passarem a compor os processos deliberativos da Administração Pública, especialmente quanto à outorga de títulos para prestação de serviços públicos.

Interessante assinalar, por fim, a particularidade do acordo substitutivo de sanção administrativa previsto na Resolução ANS-128/2006, que gera efeitos integrativos, pois o processo de autorização da ANS para aplicação de reajustes nos planos de saúde contratados por pessoas físicas em que tenha sido constatada infração administrativa somente terá prosseguimento mediante assinatura de termo de compromisso de ajuste de conduta. Segundo o art. 2º, § 6º, do ato normativo, “havendo processo administrativo para apuração de infração, em decorrência da prática de irregularidade mencionada no § 5º deste artigo, e uma vez consignada em ata de reunião da Diretoria de Fiscalização a aceitação pela operadora em celebrar termo de compromisso de ajuste de conduta, poderá ser dado curso ao procedimento de autorização da aplicação dos reajustes de que trata a presente Resolução”.

121. Resolução ANS-19/2002: “Art. 3º. Para solicitação de Revisão Técnica, a operadora deverá, na forma a ser definida por instrução normativa: (...).

“(…)”.

“§ 2º. Nos casos em que o exame da proposta revele a concorrência de fatores de desequilíbrio de natureza gerencial, a Revisão Técnica estará condicionada à prévia assinatura de termo de compromisso para implantação do Programa de Reestruturação Gerencial de que trata o art. 7º desta Resolução.”

122. Lei 9.985/2000:

“Art. 21. A Reserva Particular do Patrimônio Natural é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.

“§ 1º. O gravame de que trata este artigo constará de termo de compromisso assinado perante órgão ambiental, que verificará a existência de interesse público, e será averbado à margem da inscrição no Registro Público de Imóveis.”



## (b) Acordos substitutivos

Os *acordos substitutivos* caracterizam-se pelo efeito terminativo do processo administrativo no qual são celebrados. Quando firmados, estes acordos substituem a decisão unilateral e imperativa da Administração Pública ou findam o processo instaurado para conformação do provimento administrativo. Neste modelo consensual fica evidente a dualidade atuação administrativa típica/atuação administrativa consensual, dado o papel desempenhado pelo acordo substitutivo, de instrumento alternativo de exercício da função administrativa.

No plano normativo os acordos substitutivos prestam-se a três funcionalidades específicas, quais sejam: (i) substituir a sanção administrativa ao final do processo administrativo; (ii) suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo e, após cumprimento de seus termos, determinar a extinção do processo; ou (iii) impedir a instauração de processo administrativo sancionador.

Em relação à primeira funcionalidade indicada dos acordos administrativos – a *alternatividade* –, indica-se a possibilidade de a Administração Pública substituir a sanção administrativa aplicada ao agente que tenha cometido certa infração administrativa pela celebração de acordos substitutivos. A particularidade deste tipo de função conferida aos acordos substitutivos corresponde ao momento da consensualidade, que não se coloca no transcurso do processo, mas, sim, no momento final, pois nesta dinâmica a Administração Pública deixa de aplicar a sanção correspondente à infração apurada no processo administrativo, em prol de uma solução negociada. Dessa forma, este acordo substitutivo não incide propriamente sobre o processo, embora gere efeitos terminativos sobre ele; é o ato imperativo e unilateral o objeto de substituição.

Como exemplo deste modelo de acordo substitutivo pode-se mencionar a Resolução ANEEL-63/2004, cujo art. 21 assim expressa: “Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição da penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis”.

Na seara ambiental federal, por sua vez, o Decreto 3.179/1999, que especifica as sanções aplicáveis às atividades lesivas ao meio

ambiente, determina, em seu art. 2º, § 5º, a substituição da multa diária administrativa mediante “termo de compromisso de reparação de dano” que preveja a cessação da prática infracional ou eventual regularização da situação do infrator.<sup>123</sup> Idênticas previsões encontram-se no Decreto 4.136/2002 (art. 9º, § 5º), que dispõe sobre as sanções aplicáveis em decorrência do lançamento de óleo e outras substâncias nocivas em águas nacionais, e no Decreto 6.514/2008 (art. 10, § 8º), que versa amplamente sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente.

Ao contrário do que induzem alguns administrativistas italianos a respeito da funcionalidade dos acordos substitutivos,<sup>124</sup> a alternativa atos concertados/atos imperativos (sanções administrativas) está presente em apenas uma parcela reduzida das normas ou, ainda, é expressamente vedada.<sup>125</sup> No cenário nacional o principal papel dos acordos substitutivos corresponde à suspensão do processo pela celebração de acordo substitutivo e, constatada a satisfação das obrigações previstas no termo, à terminação consensual do processo.<sup>126</sup>

O art. 29 da Resolução ANS-48/2003, que disciplina o processo sancionador nessa Agência, exemplifica bem o exposto: “Art. 29. O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso pela ANS, se a operadora assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a Diretoria Colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos estabelecidos na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998”. No âmbito das agên-

123. *In verbis*: “A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo, até a sua efetiva cessação ou regularização da situação mediante a celebração pelo infrator de termo de compromisso de reparação de dano”.

124. Pierpaolo Grauso, *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*, cit., p. 65; e Roberto Damonte, *Atti, Accordi, Convenzioni nella Giustizia Amministrativa*, Pádua, CEDAM, 2002, p. 18 – por exemplo.

125. É o caso da Resolução ANS-57/2001. Segundo seu art. 4º, § 2º, “não poderá ser celebrado termo de compromisso de ajuste de conduta após a aplicação de penalidade pela ANS”.

126. A celebração do acordo substitutivo não põe fim ao processo administrativo; somente o cumprimento do estabelecido no termo implica terminação consensual do processo sancionador. Nesse sentido, o § 2º do art. 146 do Decreto 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, é esclarecedor: “§ 2º. A celebração do termo de compromisso não põe fim a processo administrativo, devendo a autoridade competente monitorar e avaliar, no máximo a cada 2 (dois) anos, se as obrigações assumidas estão sendo cumpridas”.



cias reguladoras há larga previsão de acordos regulatórios terminativos de processo administrativo sancionador. É o que se verifica com a ANTT,<sup>127</sup> a ANS,<sup>128</sup> a ANEEL<sup>129</sup> e a ANTAQ.<sup>130</sup>

Por fim, os acordos substitutivos podem ser celebrados anteriormente à instauração de processo administrativo sancionador, com a finalidade de interditar o início da instrução processual administrativa. Assim, o acordo firmado entre Administração Pública e administrado impede que seja instaurado processo administrativo para apuração da responsabilidade administrativa. Nesse sentido, a Resolução ANTT-442/2004 determina que, “com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência correspondente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de termo de ajuste de conduta (TAC)” (art. 16).<sup>131</sup>

127. Resolução ANTT-152/2003, art. 4º, § 1º: “§ 1º. Se comprovado o atendimento ao compromisso assumido pela concessionária ou permissionária, no prazo estabelecido, o procedimento será arquivado”. O termo de ajuste de conduta/TAC ainda é previsto no art. 16, *caput*, nos seguintes termos: “Art. 16. Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de termo de ajuste de conduta”. Segundo o art. 18, § 1º, do mesmo ato normativo, “comprovado o cumprimento do compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis”.

128. Resolução ANS-57/2001: “Art. 8º. Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta será extinto o processo administrativo”.

129. Resolução ANEEL-333/2008: “Art. 5º. A assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto”.

130. Resolução ANTAQ-987/2008, art. 24, § 1º: “§ 1º. Atendido o compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis”.

131. De forma semelhante, a Resolução ANTAQ-987/2008, que regula o processo administrativo sancionador para apuração de infrações e aplicação de penalidades, assim prevê em seu art. 22: “Antes da instauração ou no curso de Processo Administrativo Contencioso, a ANTAQ, por intermédio das Superintendências das Gerências de Fiscalização, ou das UAR [*Unidades Administrativas Regionais*], poderá, caso haja interesse de pessoa física ou jurídica infratora, celebrar Termo de Ajuste de Conduta – TAC, com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações”.

Os acordos substitutivos podem servir a diferentes finalidades – substituir a sanção aplicada, suspender o processo administrativo ou interditar a instauração do processo administrativo – e, ainda, um mesmo instrumento consensual por vezes detém mais de uma finalidade. Além de substituir a sanção administrativa, os acordos substitutivos invariavelmente terminam consensualmente o processo sancionador, por exemplo. Ademais, as normas que preveem a celebração de acordo substitutivo para impedir a instauração de processo administrativo também conferem aos mecanismos regulatórios a finalidade de suspender o processo sancionador.

Os acordos substitutivos variam de acordo com a disciplina conferida pelas normas de regência. Os acordos substitutivos assumem regimes peculiares de procedimento conforme sua regulamentação, de forma que existem instrumentos mais disciplinados, especialmente nos sistemas que possuem normas específicas para dispor sobre a consensualidade, ou menos disciplinados, com normas que meramente autorizam à autoridade administrativa proceder de forma concertada. Como resultado, o processamento dos institutos varia significativamente.

O Decreto 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas em matéria ambiental, por exemplo, estipula minuciosamente as cláusulas obrigatórias do termo de compromisso para substituição da multa: nome e qualificação das partes compromissadas, prazo de vigência do termo de compromisso, obrigatoriedade de descrição do objeto bem como dos investimentos e respectivo cronograma de execução, valor da multa a ser aplicada pelo descumprimento das obrigações e definição do foro competente para dirimir eventuais litígios entre as partes.<sup>132</sup>

Também no âmbito regulatório existem exemplos de disciplina pormenorizada dos acordos substitutivos, como na ANS, cuja Resolução 57/2001 estabelece consequências pelo descumprimento das obrigações (revogação da suspensão do processo administrativo), define as fases procedimentais para celebração dos termos de compromisso e cria à Agência Reguladora o dever de publicar os atos consensuais e disponibilizar o inteiro teor em página eletrônica da ANS, além de fixar as cláusulas obrigatórias.<sup>133</sup> Nesse sentido, a ANEEL, em sua

132. Art. 146 do Decreto 6.514/2008.

133. Outros exemplos de disciplina pormenorizada dos acordos substitutivos correspondem às Resoluções 152/2003 e 442/2004 da ANTT e à Resolução 987/2008, que dispõe sobre o processo sancionador na ANTAQ.



Resolução 333/2008, indica as pessoas com poder de iniciativa do termo de compromisso de ajuste de conduta, especifica a tramitação do acordo substitutivo, define a autoridade competente no âmbito da ANEEL para acompanhar o cumprimento das obrigações estabelecidas no termo, estabelece as cláusulas obrigatórias do acordo substitutivo e dispõe amplamente sobre os efeitos do descumprimento das obrigações pactuadas.

Os parágrafos antecedentes demonstram a disciplina singular que os acordos substitutivos assumem conforme o ente administrativo a que estejam relacionados. Isso decorre, no âmbito das agências reguladoras, do exercício da competência normativa para disciplinar o processo administrativo sancionador e suas válvulas de escape, como é o acordo substitutivo. Porém, a especificidade na disciplina da atuação administrativa concertada também decorre de uma opção legislativa em, primeiramente, não editar lei ou alterar a Lei 9.784/1999, na esfera federal, para disciplinar as minúcias do acordo administrativo. Ainda, há a opção legislativa em dispor legalmente sobre a celebração de acordos administrativos em poucas e pontuais searas, de que são exemplos a ambiental, a antitruste e a de mercado de capitais.

Embora a especialidade da disciplina da atuação administrativa concertada seja uma marca do direito administrativo brasileiro, é de se notar que o acordo substitutivo possui algumas características comuns, verificadas em todas as normas levantadas que prevejam este tipo de ato consensual. Segundo os preceitos normativos analisados, a celebração de acordos substitutivos (i) impede que a Administração Pública emita o ato unilateral e imperativo (sanção administrativa) e (ii) repercute diretamente sobre o processo administrativo, ora para suspendê-lo, e haver a terminação consensual do processo após a satisfação do ajuste, ora para vedar a sua instauração.

No geral, a celebração de acordos substitutivos predica que o compromissário seja parte de uma relação de sujeição especial com o ente administrativo competente para transacionar, tanto que certos preceitos são enfáticos em limitar o ajustamento de conduta aos concessionários, permissionários ou autorizados de serviços públicos. Por essa limitação, bastante comum no cenário regulatório, evidencia-se como os acordos administrativos são efetivamente empregados na qualidade de instrumentos regulatórios.

Outra característica notada no plano normativo corresponde à previsão expressa das obrigações que necessariamente devem constar nos acordos substitutivos, o que denota certa redução da discricionariedade das partes na composição consensual dos ajustes, que não se confunde com a opção discricionária que a Administração detém para celebrar ou não acordos com o administrado. Verifica-se que as normas estudadas fixam as obrigações que a compromissária deve satisfazer para que a Administração Pública deixe de exercer sua prerrogativa sancionatória, restando uma margem reduzida para que consensualmente tais obrigações sejam especificadas.

Cessaçã das atividades reputadas infracionais pelo ente administrativo<sup>134</sup> e regularização da situação pelo compromissário<sup>135</sup> consistem nas principais obrigações preestabelecidas pelas normas. Outras obrigações determinadas pelas normas correspondem ao dever de informar os consumidores sobre as medidas adotadas para correção e compensação das irregularidades<sup>136</sup> e ao dever de realizar investimentos.<sup>137</sup>

Depreende-se do exposto que as principais diferenças entre ambas as categorias correspondem à finalidade processual – terminação ou integração processual –, ao procedimento peculiar que cada qual determina e, ainda, à natureza jurídica dos atos finais nos processos em que sejam celebrados, com relevantes consequências na estrutura e no controle desses atos.

### 3.3.2 Métodos alternativos de resolução de conflitos

Embora os métodos alternativos para resolução de conflitos<sup>138</sup> – assim compreendidos a mediação, a conciliação e a arbitragem – não

134. Cf.: Decreto 3.179/1999, Decreto 4.136/2002, Decreto 6.514/2008, Lei 9.656/1998, Resolução ANS-57/2001 e Resolução ANEEL-333/2008.

135. Cf.: Decreto 3.179/1999, Decreto 4.136/2002, Decreto 6.514/2008, Lei 9.656/1998, Resoluções ANTT-152/2003 e 442/2004, Resolução ANS-57/2001, Resoluções ANEEL-63/2004 e 333/2008 e Resolução ANTAQ-987/2008.

136. Art. 9º, III, da Resolução ANEEL-333/2008.

137. Art. 9º, IV, da Resolução ANEEL-333/2008.

138. A expressão “métodos alternativos de resolução de conflitos” deve-se à notória locução *alternative dispute resolution*/ADR, que ficou conhecida no Brasil com as reformas processuais para incorporação da conciliação, da mediação e da arbitragem na prática processual civil, as quais tiveram como um dos principais fundamentos teóricos a literatura norte-americana a respeito dos mecanismos de ADR.



integrem o rol de instrumentos consensuais diretamente trabalhados,<sup>139</sup> abre-se um item para deixar registrado o recente fenômeno evidenciado, no direito regulatório, de recepção de tais formas de diminuir conflitos.

De um lado, a Administração Pública submete-se às fórmulas alternativas de resolução de seus próprios conflitos sem recurso ao Poder Judiciário, como se procede na conciliação e na arbitragem. Por outro, é a própria Administração que dirime os conflitos protagonizados entre concessionários ou permissionários dos serviços públicos regulados e os usuários, no exercício de sua competência de resolução de conflitos. Em comum, ambos os mecanismos apontam para técnicas mais céleres e eficazes de resolução de conflitos, o que se compatibiliza com o contexto no qual a consensualidade se afirmou, com a abertura normativa aos acordos administrativos em sentido estrito. Passo a expor com maiores detalhes essas duas dinâmicas.

Com relação à primeira manifestação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, em que a Administração figura como parte envolvida na disputa, tem-se como principal motivação para adoção de conciliação ou arbitragem a celeridade na resolução do embate em comparação com a esfera judicial. Consequentemente, a solução mais expedita termina por reduzir os custos de uma lide judicial. No entanto, dois aspectos peculiares ao direito administrativo fazem dos métodos alternativos de resolução dos conflitos do Poder Público importantes ferramentas contratuais, razão pela qual a arbitragem, por exemplo, é prevista de forma ampla nas Leis 8.987/1995 e 11.079/2004, para que seja plausível nos contratos de concessão em geral, e conta com cada vez mais previsões legais e normativas.<sup>140</sup>

Na seara contratual as relações contratuais encontram-se em um cenário de mutação, na medida em que aumenta consideravelmente o número de contratos de longa duração para prestação de serviços pú-

139. Adota-se neste trabalho um modelo estrito de atuação administrativa consensual, por meio da qual a Administração Pública negocia o exercício de suas prerrogativas no âmbito do processo administrativo com a finalidade de terminá-lo consensualmente, isto é, sem a formalização no ato administrativo imperativo e unilateral (cf. item 3.3.2).

140. Cf. item 2.4.1.

blicos diversos, geralmente objetos de concessão, com duração de 30, 40 ou 50 anos. A lei das PPPs, por exemplo, estipula que os contratos de concessão patrocinada ou administrativa devem ter prazo de vigência mínimo de 5 anos e máximo de 35 anos (art. 5º, I). Isso se deve à atual postura da Administração Pública de prestar as utilidades públicas de forma indireta, por intermédio de agente privado, utilizando cada vez menos a fórmula de prestação direta dos serviços públicos.

Os métodos alternativos de solução de conflitos<sup>141</sup> garantem a saúde da relação contratual de prazo diferido, pois os conflitos não se prolongam no âmbito judicial, mas são prontamente resolvidos de forma amigável.<sup>142</sup> Técnicas como conciliação e arbitragem minimizam a instabilidade dos contratos administrativos, além de reduzirem os custos de transação na manutenção do pacto relacional.<sup>143</sup>

Outra motivação substancial corresponde à qualidade das decisões de resolução de conflitos. As sentenças arbitrais são largamente reconhecidas como técnicas, porquanto proferidas por profissionais da escolha dos compromissários, geralmente ambientados com o objeto de discussão.<sup>144</sup> O diferencial técnico vale significativamente para garantia da execução do objeto contratual.

No âmbito normativo, algumas leis-quadros das agências reguladoras preveem expressamente a cláusula arbitral como cláusula ne-

141. Para o panorama nacional dos métodos alternativos de resolução de conflitos (ADR), cf. Luciane Moessa de Souza, *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos – Negociação, Mediação e Conciliação na Esfera Administrativa e Judicial*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

142. Essa é a expressão adotada pela lei de concessão comum, a Lei 8.987/1995, no correspondente 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” (artigo acrescentado pela Lei 11.196/2005).

143. Na Sociologia do Direito os contratos de longa duração são designados “contratos relacionais”. Como um dos elementos de transformação do direito contratual contemporâneo, a ascensão de *contratos relacionais* demonstra uma nova dinâmica de transações sociais e econômicas no bojo da sociedade. Ao contrário dos contratos descontínuos, então prevalentes, verificam-se, agora, esquemas contratuais com forte projeção para o futuro, que demandam relação próxima entre os sujeitos vinculados para consecução do objeto do contrato (cf. Ronaldo Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2007).

144. 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. 286.



cessária dos contratos celebrados pelo regulador, a exemplo da Lei 10.233/2001<sup>145</sup> (ANTT e ANTAQ) e da Lei 9.478/1997<sup>146</sup> (ANP).

A segunda dinâmica dos métodos alternativos de solução de litígios envolve a Administração Pública como arbitadora dos conflitos entre concessionários ou permissionários do serviço público regulado e usuários no âmbito do processo administrativo instaurado nas agências reguladoras. Dentre as competências detidas para proceder à regulação, como os poderes normativo e adjudicatório, as agências reguladoras dispõem da competência para dirimir conflitos administrativos da exposta natureza. Embora não sejam todos os entes reguladores que disponham desta competência, significativa parcela detém normas nesse sentido, como o Decreto 4.130/2002<sup>147</sup> (ANTT e ANTAQ), a Lei 9.427/1996<sup>148</sup> (ANEEL), o RI/ANTAQ<sup>149</sup> (Resolução

145. Lei 10.233/2001:

“Art. 34-A. (...).

“(…)”

“§ 2º. O edital de licitação [*de contrato de concessão*] indicará obrigatoriamente: [incluído pela Medida Provisória 2.217-3, de 4.9.2001] (...); XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem; (...)”

“Art. 38. (...).

“(…)”

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

146. Lei 9.478/1997: “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 soluções de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional; (...)”

147. Decreto 4.130/2002: “Art. 3º. “À ANTT compete, em sua esfera de atuação: (...); XXVIII – dirimir administrativamente conflitos de interesses entre o Poder concedente e os prestadores de serviços de transporte e arbitrar disputas que surgirem entre os referidos prestadores de serviços e entre estes e os usuários”.

148. Lei 9.427/1996: “Art. 3º. Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL: [redação dada pela Lei 10.848/004] (...); V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores; (...)”

149. Resolução ANTAQ-646/2006: “Art. 4º. À ANTAQ compete: (...); XXXIX – dirimir administrativamente conflitos de interesse entre o Poder concedente e os prestadores de serviços de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura

ANTAQ-646/2006), o Decreto 5.731/2006<sup>150</sup> (ANAC), o Decreto 3.692/2000<sup>151</sup> (ANA) e o Decreto 2.455/1998<sup>152</sup> (ANP).

Ao tomar conhecimento de conflitos entre prestadores de serviços e usuários, cabe às agências reguladoras realizar a mediação por meio da sugestão de soluções para a controvérsia. Havendo mútua anuência, a solução sugerida pela agência mediadora<sup>153</sup> será acatada, pondo fim ao processo administrativo. No entanto, se falharem a conciliação e a mediação, a agência exercerá sua competência adjudicatória ao proferir decisão sobre o objeto de disputa, pondo fim imperativo ao conflito. No caso da ANEEL e da ANP é prevista a utilização dos casos mediados como subsídio para a regulamentação, um esboço do *reg-neg* do cenário regulatório nacional.

A tabela abaixo sintetiza as dinâmicas referentes aos métodos de solução alternativa de conflitos identificados no direito regulatório:

No que tange ao compartilhamento de infraestrutura, é interessante explicitar a Resolução Conjunta 2/2001, vigente no âmbito da ANATEL, ANEEL e ANP. Sua principal atribuição corresponde a disciplinar o método de resolução de conflitos sobre compartilhamento de infraestrutura que deve ser adotado pela Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras.<sup>154</sup> Também nesta norma é

aquaviária e arbitrar disputas entre os referidos prestadores de serviços e entre estes e os usuários”.

150. Decreto 5.731/2006: “Art. 4º. Cabe à ANAC adotar medidas para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: (...); XX – compor, administrativamente, conflitos de interesse entre prestadores de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária”.

151. Decreto 3.692/2000: “Art. 7º. À Diretoria Colegiada compete: (...); XII – solucionar administrativamente os conflitos referentes aos usos de recursos hídricos de domínio da União, ouvidos os respectivos comitês de bacia, se houver; (...)”.

152. Decreto 2.455/1998: “Art. 19. A atuação da ANP, para a finalidade prevista no art. 20 da Lei n. 9.478, de 1997, será exercida, mediante conciliação ou arbitramento, de forma a: I – dirimir as divergências entre os agentes econômicos e entre estes e os consumidores e os usuários de bens e serviços da indústria do petróleo; (...)”.

153. No âmbito da ANEEL a mediação é conduzida pela Superintendência de Mediação Administrativa Setorial, por exemplo.

154. Resolução Conjunta 2/2001: “Art. 3º. Quaisquer conflitos surgidos entre agentes exploradores de serviços públicos de energia elétrica, prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo e agentes exploradores de serviços de



prevista a conciliação, nos seguintes termos: “Se as partes chegarem a um acordo sobre o conflito antes da decisão final, a Comissão, após exame de sua legalidade, o homologará” (art. 32).

<b>Dinâmicas de Solução Administrativa de Conflitos</b>				
<i>Dinâmica</i>	<i>Partes</i>	<i>Âmbito</i>	<i>Previsão do método</i>	<i>Função da AR</i>
Conflitos contratuais	Agência reguladora e concessionário/permissionário	Extrajudicial	Contratual	Sem função específica
Conflitos setoriais	Prestadores de serviço e usuários	Processo administrativo	Regra de competência	Arbitradora de interesses/mediadora setorial

(Quadro 1 – Elaboração própria)

transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, em matéria de aplicação e interpretação do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, quando das negociações e da execução de contratos, poderão ser submetidos à apreciação das Agências”.

## Capítulo 4

### **ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA: VETORES À ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL**

*4.1 Atuação administrativa consensual e prerrogativa sancionatória: os dilemas dos acordos substitutivos de sanção. 4.2 Mecanismos concertados de atuação administrativa: um dilema à legalidade?: 4.2.1 Autorização normativa para atuação administrativa consensual – 4.2.2 Disciplina normativa dos acordos substitutivos de sanção. 4.3 Negociação da prerrogativa sancionadora e celebração de acordos administrativos. 4.4 Controle judicial dos acordos substitutivos. 4.5 Um dilema comum: a cultura repressiva no direito administrativo brasileiro.*

#### **4.1 Atuação administrativa consensual e prerrogativa sancionatória: os dilemas dos acordos substitutivos de sanção**

A particular dinâmica de atuação consensual por meio de acordos administrativos enseja diversas ordens de questionamentos teóricos. A par da natureza privada dos acordos, que faz a aproximação de máximas tradicionalmente reconhecidas como de direito privado ao âmbito das pessoas de direito público, tais questionamentos se devem, fundamentalmente, à abertura de um modo de satisfação das competências administrativas que não a atuação administrativa típica, efetivada pelo ato administrativo imperativo e unilateral.

O sistema jurídico-administrativo recepcionado pelo direito administrativo brasileiro foi desenvolvido, notadamente a partir do século XIX, tendo em vista determinadas características próprias do momento liberal dos Estados europeus continentais,<sup>1</sup> que conformaram

1. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2003, pp. 60 e ss.



um modelo de Administração Pública e, conseqüentemente, de atuação administrativa tomada como padrão na posteridade. Nessa medida, a leitura de institutos e procedimentos se adequava à administração por meio de atos administrativos unilateralmente declarados pelo Poder Público no exercício da prerrogativa imperativa.

A necessidade de releitura dos elementos norteadores do direito administrativo não decorre exclusivamente do crescimento em importância da consensualidade. Desde a afirmação do Estado Social, eminentemente prestacional, constata-se crescente movimento de releitura do papel do Poder Público na esfera privada, bem como dos instrumentos que possui para proceder à intervenção estatal, dado o aumento da máquina administrativa em compasso com a expressiva maior diversidade de competências que a Administração Pública passou a desenvolver.

Todavia, é inquestionável que a nova pauta de relação administrativa ditada pela consensualidade torna imprescindível o esforço de analisar noções fundamentais da teoria do direito administrativo à luz da concertação. Tratando-se de forma de atuação administrativa, tem-se adequada dimensão da consensualidade pelo estudo de três conceitos considerados estruturantes da ação pública, quais sejam: legalidade, prerrogativas e controle dos acordos substitutivos.

Embora os itens deste capítulo possam ser aproveitados para um estudo mais abrangente da consensualidade, envolvendo instrumentos outros além dos acordos substitutivos de sanção, no âmbito da atividade sancionatória do Estado os dilemas entre consensualidade/legalidade, consensualidade/dever-poder sancionador e consensualidade/controlam-se de forma mais evidente. Dentro do escopo traçado, a análise estará cingida ao objeto central do trabalho, correspondente aos acordos substitutivos de sanção. Dessa forma, o item final toca a cultura de gestão administrativa conformada pelo direito administrativo, tradicionalmente de caráter repressivo.

#### **4.2 Mecanismos concertados de atuação administrativa: um dilema à legalidade?**

A origem do princípio da legalidade remonta ao momento em que o Poder Público supera a condição de Poder de Polfícia e passa a submeter-se às regras jurídicas editadas pelo Legislativo no bojo do Es-

tado de Direito, em defesa das garantias dos particulares. Nesse período inaugural a noção de legalidade correspondia à vinculação negativa à lei, segundo a qual a Administração estaria legitimada a realizar qualquer tipo de ação, ressalvadas aquelas expressamente vedadas em lei formal, isto é, em lei oriunda do Parlamento.<sup>2</sup>

O avanço da Escola Positivista no direito administrativo, sob forte influência kelseniana, determina a revisão do entendimento sobre a legalidade, para situar a atuação administrativa na base da pirâmide normativa, que passou a ser interpretada como vinculação positiva à lei.<sup>3</sup> Pela vinculação positiva à lei, a Administração Pública poderia fazer ou deixar de fazer apenas aquilo que lhe fosse expressamente permitido em lei formal, tornando imprescindível à atuação administrativa o respectivo fundamento legal, em um cenário de valorização do papel do Legislativo. Nesse sentido, a lei, legitimada pelo critério de representatividade, vincularia incondicionalmente o Poder Público, a quem caberia tão somente aplicar o conteúdo legal para satisfazer a vontade legislativa, na medida em que, segundo essa óptica, “administrar é aplicar a lei de ofício”.<sup>4</sup>

A noção de legalidade como vinculação positiva à lei é, certamente, a mais difundida na teoria do direito administrativo, a partir da qual alguns dos mais caros postulados administrativistas foram extraídos. Com relação ao tema da consensualidade, importa mencionar que a legalidade como vinculação positiva à lei trouxe a diferenciação entre as esferas pública e privada no tocante à autonomia da vontade: enquanto os particulares gozavam de autonomia da vontade, porquanto estão legitimados a fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública estaria adstrita aos ditames legais (vontade legal), sem gozar, portanto, de autonomia da vontade.<sup>5</sup>

2. Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 137-138. Segundo o autor, embasado nas considerações de Eduardo García de Enterría, a vinculação negativa à lei como expressão da legalidade decorre da tradição monárquica, que conferia ao monarca significativa margem de liberdade para organizar a Administração Pública e conformar seu funcionamento (ob. cit., p. 138).

3. Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, cit., pp. 139-140.

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

5. Cf., por todos, Hely Lopes Meirelles, *Curso de Direito Administrativo*, 39ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 91.



O radicalismo da vinculação positiva à lei é de longa data combatido no direito administrativo, seja pelo alto grau de formalismo e enrijecimento que traz às atividades administrativas, seja pela inviabilidade fática de todos os pormenores da atuação administrativa serem disciplinados pelo Parlamento.<sup>6</sup> No entanto, duas ideias centrais remanescem da legalidade como vinculação positiva, quais sejam: (i) primazia da lei na disciplina da atuação administrativa e (ii) compreensão da legalidade como vinculação positiva ao ordenamento jurídico.

De fato, a centralidade da lei formal na disciplina da atuação administrativa é evidenciada pela funcionalidade tradicionalmente atribuída aos atos normativos, correspondendo ao “*ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública. (...)*”<sup>7</sup>

A primazia da lei formal no regramento da atuação administrativa encontra tradução no *princípio da preferência da lei*, pelo qual a produção legislativa norteia todos os atos praticados pela Administração Pública, devendo ser invalidado o ato que se oponha aos ditames legais, por vício de legalidade. Nessa medida, o conceito de reserva legal determinada pelo texto constitucional corrobora a centralidade da lei formal na disciplina da atuação administrativa.

A compreensão da legalidade como vinculação positiva, por sua vez, ainda é princípio estruturante na atual teoria do direito administrativo. A vinculação negativa continua sendo considerada corolário do direito privado em oposição ao direito público, jungida aos parâmetros da lei formal.

6. Nesse sentido, é interessante reproduzir o posicionamento de Marçal Justen Filho: “A concepção clássica das fontes normativas relacionava-se à teoria da separação de Poderes estatais. A preponderância atribuída à lei em face da sentença e do regulamento refletia a supremacia do Legislativo perante os outros Poderes. A ampliação dos encargos estatais, o desenvolvimento da proposta de Estado-Providência, a assunção de funções empresariais por parte do Estado, geraram novos problemas, novas circunstâncias, e produziram configuração distinta para a questão da política da partilha de Poderes ao interno da órbita estatal” (*Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 133).

7. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 347.

Esse modo de visualizar o relacionamento entre atividade administrativa e ordenamento jurídico de certa forma esteve na base do direito administrativo brasileiro a partir do qual foram destrinchadas as demais teorias e práticas da Administração Pública, a exemplo da discricionariedade administrativa e do controle judicial dos atos administrativos. De fato, é amplamente acatado na doutrina e mesmo na jurisprudência o entendimento de que a Administração Pública se vincula positivamente ao ordenamento jurídico. A consensualidade no direito administrativo coloca em xeque a clássica teoria da legalidade.

Quando comparada à noção de legalidade fundada em bases positivistas, a consensualidade enseja certas *dicotomias* que conduzem à releitura do princípio da legalidade à luz da concertação administrativa.

A atuação administrativa por meio de acordos firmados entre Poder Público e particulares no âmbito no processo administrativo, tendo por base a negociação de prerrogativas públicas, determinaria soluções obtidas em concreto e de forma bilateral, porquanto se formaliza no encontro de vontades entre Administração Pública e administrado. Ocorre que a consensualidade na prática do direito administrativo assume evidente viés pragmático, voltado à resolução de casos concretos, com negociação de prerrogativas públicas para alcançar a resposta mais eficiente. Em um cenário marcadamente complexo, em especial no âmbito das agências reguladoras, em que os problemas levados à deliberação pela Administração Pública são cada vez mais particularizados, a celebração de acordos administrativos demanda elevado grau de discricionariedade, para se adotar soluções efetivamente próximas ao caso concreto.

A atuação administrativa por meio de acordos suscita, assim, reflexões acerca da existência de margem de *autonomia da vontade* no âmbito do aparato público, na medida em que os atos consensuais formalizam-se por meio da aquiescência bilateral, pública e privada, acerca dos termos do pacto (autonomia da vontade *versus* vontade legal). Também *questiona a centralidade da lei* na disciplina da ação administrativa, ao ter sede eminentemente regulamentar e se efetivar independentemente de previsão legal específica (preferência de norma *versus* preferência de lei). Seu caráter negocial e pragmático, focado na situação-problema, em que a consensualidade se apresenta como possível instrumento de solucionamento, enseja a feição *negativa* da legalidade e, mesmo, a *atipicidade* dos termos dos acordos



administrativos (vinculação negativa e atipicidade *versus* vinculação positiva e tipicidade).

Partindo da premissa de que há compatibilidade entre consensualidade e legalidade, este item pretende analisar a legalidade na atuação administrativa a partir de duas vertentes: de um lado, questiona-se a regra de competência para a celebração dos acordos substitutivos de sanção administrativa; de outro, há a questão dos limites da disciplina normativa dos acordos substitutivos. A releitura da legalidade pelo viés da consensualidade tem por finalidade promover a atuação administrativa consensual, notadamente os acordos substitutivos de sanção.

#### 4.2.1 Autorização normativa

##### para atuação administrativa consensual

A centralidade da lei formal para disciplinar a atuação administrativa é objeto de intenso questionamento. Argumenta-se que a lei não dá mais conta de, isoladamente, reger as atividades desempenhadas pelo Poder Público. O complexo cenário no qual a Administração Pública hoje se encontra, associado à morosidade do processo legislativo, impediria que a lei formal disciplinasse todos os aspectos atinentes à ação administrativa, em todas as suas minúcias.<sup>8</sup>

Principalmente com a Reforma do Estado e a criação das agências reguladoras, dotadas de poder normativo, a falibilidade da lei formal passa a ser amplamente debatida. Gustavo Binenbojm, por exemplo, apresenta como motivos do desprestígio do legislador e da crise da lei formal a inflação legislativa, a possibilidade de a lei ser fundamento para a barbárie, a crise de representatividade, a crescente criação de atos normativos hábeis a fundamentar a atuação administrativa e o poder de pauta do processo legislativo pelo Executivo.<sup>9</sup>

Procedimento normativo menos burocrático que o processo legislativo,<sup>10</sup> tecnicidade, proximidade do administrador com os problemas e os destinatários dos atos normativos, são alguns dos principais fatores

8. Felice Giuffrè, "Declínio del Parlamento-legislatore e crescita del potere de inchiesta", in Silvano Labriola (coord.), *Le Autorità Independenti: da Fattori Evolutivi ad Elementi della Transizione nel Diritto Pubblico Italiano*, Milão, Giuffrè, 1999, p. 179.

9. Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, cit., pp. 125-136.

10. Cf. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 4ª ed., p. 133.

que determinaram a valorização do plano normativo. A atual dinâmica de regulamentação leva em conta a relevância dos atos normativos na composição do regime jurídico das atividades administrativas, de forma que as leis formais passam a ser cada vez mais estandardizadas, isto é, definem as diretrizes de regulamentação. O que se evidencia na prática é a cada vez maior disciplina da atuação administrativa por meio de atos normativos.

O exemplo da regulamentação da prerrogativa sancionatória é bastante elucidativo do exposto. As leis formais tendem a estabelecer a competência sancionatória dos entes administrativos, bem como definir as sanções administrativas aplicáveis no caso de apuração da responsabilidade administrativa.<sup>11</sup> Embora algumas leis disponham sobre infrações administrativas, via de regra incumbe ao regulamento editado por esses entes, no exercício do poder normativo, dispor sobre as infrações administrativas e especificar os critérios de dosimetria por que a autoridade administrativa deve se pautar quando da aplicação das sanções, como se constata na maioria dos casos referentes a multa. Nessa medida, também o contrato administrativo cumpre semelhante atribuição.<sup>12</sup>

Nesse contexto de valorização da esfera infralegal, a legalidade encontra-se em um momento de revisão do significado da vinculação ao Direito. Assiste-se a uma *ampliação do objeto* ao qual a Administração Pública se vincula por força da legalidade, primeiramente defendido com o conceito de "bloco de legalidade" nos escritos de publicistas clássicos. Além da lei criada pelo Parlamento, o bloco de legalidade abrangeria também os princípios gerais do direito administrativo e os atos normativos, cujo conjunto conformaria o desempenho das competências pelo Poder Público.

A ampliação do objeto de vinculação é sedimentada no direito administrativo brasileiro.<sup>13</sup> Especialmente após a edição da Constitui-

11. Carlos Ari Sundfeld, "A defesa nas sanções administrativas", *RF* 298/101, Rio de Janeiro, Forense, abril-junho/1987.

12. Cf. Marcelo Madureira Prates, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra, Livraria Almedina, 2005, p. 107.

13. Como exemplo do exposto, cite-se a seguinte passagem de Lúcia Valle Figueiredo, que bem sintetiza a compreensão geral do objeto de vinculação no direito administrativo brasileiro: "Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve



ção Federal de 1988 os princípios constitucionais são empregados na fundamentação de atos administrativos e nas decisões judiciais envolvendo questões de direito público. Também não há maiores resistências à autovinculação da Administração Pública no exercício de seu poder regulamentar. Inclusive, a lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) fixa expressamente o dever de atuação administrativa conforme a lei e o Direito (art. 2º, parágrafo único, I).<sup>14</sup>

Mais recentemente, autores partidários da filtragem constitucional do direito administrativo reconhecem a Constituição Federal inserida no bloco de legalidade, então designada “juridicidade”, que teria como um de seus princípios a legalidade. A centralidade da Constituição na juridicidade permitiria que a produção infralegal fosse diretamente fundamentada no texto constitucional, consagrando atuações administrativas constitucionais mas *contra legem*.<sup>15</sup>

Outra faceta da legalidade revisada corresponde ao *grau de vinculação à lei*, com a retomada da vinculação negativa da Administração Pública à lei em determinadas matérias. A par da vinculação positiva, é de se reconhecer também a vinculação negativa da Administração Pública em situações que não estejam matizadas pela legalidade estrita, como se verifica no direito tributário ou no direito penal.<sup>16</sup>

estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante” (*Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 42).

14. Lei 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único. “Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito; (...)”.

15. “A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, com um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o Direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação de legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)” (Gustavo Binembom, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, cit., p. 142).

16. “(...) parece-nos que o conteúdo mínimo da legalidade quando se trata da atuação da Administração é variável. Ora basta uma relação de compatibilidade com

Segundo José Manuel Sérvulo Correia:

A legalidade administrativa pode significar, em primeiro lugar, que os actos da Administração não devem contrariar as normas legais que se lhes aplicam (princípio da precedência de lei, ou da preferência de lei, ou da compatibilidade, ou, ainda, da não contradição). Entende-se também por legalidade administrativa a exigência de que a prática de um acto pela Administração corresponde à sua previsão em lei vigente (princípio da reserva de lei ou da conformidade).<sup>17</sup>

A ampliação do objeto de vinculação e a convivência de diferentes graus de vinculação à lei formal – ora positiva, ora negativa – viabilizam a atuação administrativa consensual.

A questão que se coloca na relação entre consensualidade e legalidade concerne à possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos administrativos sem previsão legal expressa. Ao contrário dos modelos analisados de Direito Comparado de atuação consensual, inexistente na lei federal de processo administrativo permissivo genérico para que a Administração Pública Federal adote instrumentos consensuais. A figura que mais se aproxima de um permissivo genérico corresponde, porém, ao termo de ajustamento de conduta/TAC previsto na lei da ação civil pública (Lei 7.347/1985).

A lei da ação civil pública rege as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente; ao consumidor; aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à ordem econômica e à economia popular; à ordem urbanística; e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º). Dentre os legitimados para propor ação civil pública estão a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como os entes da Administração indireta – au-

ordenamento, ora ele próprio exige uma relação de conformidade, seja em relação à forma, seja em relação ao conteúdo preestabelecido pela norma. E a opção por um sentido ou outro está totalmente relacionada ao setor do direito público a que se esteja referindo” (Vera Cristina Caspari Monteiro, “Princípio da legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública”, *RDPE* 20/214, Belo Horizonte, Fórum, outubro-dezembro/2007).

17. José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, p. 18.



tarquias, fundações e empresas estatais – (art. 5º), de forma que a Administração Pública direta e a indireta está autorizada a celebrar TAC, nos termos do art. 5º, § 6º, desde que sua atuação guarde pertinência temática com o rol de objetos tutelados:

§ 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.

Embora não possa ser considerado um permissivo genérico nos moldes das leis de processo administrativo italiana, espanhola ou alemã, que conferem amplíssima legitimação para as correspondentes Administrações Públicas atuarem de forma concertada, qualquer que seja o escopo funcional, a lei da ação civil pública traz o interessante efeito de legitimar o Poder Público a utilizar o instrumento TAC em seus processos administrativos. Em outros termos: independentemente da existência de lei ou norma específica, a parcela da Administração Pública que lide com os temas indicados na Lei 7.347/1985 está autorizada a celebrar TAC. Exemplo de aplicação do TAC previsto na lei da ação civil pública na Administração Pública é verificado no CADE.<sup>18</sup>

No entanto, o fato é que a Administração Pública Federal não dispõe de permissivo genérico para a atuação consensual, como se verifica na esfera paulista,<sup>19</sup> o que força outra ordem de trabalho interpretativo.

18. Houve intenso debate sobre a utilização de TAC nas hipóteses de cartel com a edição da Lei 10.149/2000. Nessa oportunidade, a Procuradoria do CADE sustentou a tese de celebração do TAC em detrimento do TCC no caso que ficou conhecido como “Cartel da Laranja”, tendo em vista a Lei 7.347/1985 indicar a infração contra a ordem econômica como um dos temas passíveis de ação civil pública e, portanto, legitimador da celebração do ajustamento de conduta (parecer da Pro-CADE no PA 08012.008372/99-14).

19. O Decreto 52.201/2007 do Estado de São Paulo consiste em efetivo permissivo genérico para a Administração Pública paulista celebrar termos de ajustamento de conduta/TACs. Segundo o art. 2º, o TAC pode ser celebrado pelas Secretarias de Estado, pelas autarquias, fundações e empresas estatais, ressalvadas as universidades públicas estaduais. Trata-se, assim, de ampla autorização legislativa à Administração direta e à indireta para terminações consensuais dos processos administrativos, qualquer que seja sua natureza, pois o decreto não especificou a materialidade desses acordos administrativos.

O dever da Administração Pública de atuar conforme a lei e o Direito determinado no art. 2º Lei 9.784/1999 não significa que a Administração Pública deva necessariamente dispor de autorização expressa em texto legal para celebrar acordos administrativos. Sendo prevista a atuação consensual em norma, a Administração Pública encontra-se legitimada a atuar de forma concertada ainda que o acordo administrativo não esteja previsto em lei formal, ressalvados os casos de expressa proibição legal, como se verifica com a lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992):<sup>20</sup>

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º. É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

No tema da consensualidade reconhece-se a vinculação negativa à lei formal. Como consequência, é discricionária a decisão do Poder Público de disciplinar em norma a atuação administrativa concertada para que possa satisfazer as finalidades públicas por meio de acordos administrativos.

A atuação administrativa consensual condiciona-se, portanto, à previsão do acordo administrativo como mecanismo de satisfação das finalidades públicas. Para tanto, basta a determinação da *regra de competência* para transacionar as prerrogativas públicas para que o Poder Público se encontre legitimado a terminar consensualmente o processo administrativo, em detrimento da atuação administrativa típica. Há na seara da consensualidade *reserva de norma* para a atuação administrativa por meio de acordos quando a lei formal não preveja a competência para celebrar acordos administrativos.

20. O exemplo recolhido corresponde à transação judicial envolvendo a Administração Pública. Embora seja esclarecedor da dinâmica regulamentar da consensualidade, é necessário asseverar a discussão em torno do cabimento de acordo administrativo para terminação consensual do inquérito administrativo que precede a ação de improbidade administrativa (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).



Assim, a atuação administrativa consensual é possível quando houver expressa autorização legal, mesmo que o ente administrativo não disponha de regulamento para versar sobre a dinâmica do instrumento concertado. Também é possível se norma editada pelo Poder Público no exercício de seu poder regulamentar estabeleça a competência para negociar as prerrogativas públicas. Ocorre que a leitura da legalidade adequada à consensualidade considera a lei e o Direito, razão pela qual o fundamento legal da atuação consensual não se resume à lei formal, mas abrange também princípios e atos normativos.

Uma ressalva final acerca da necessidade de previsão normativa da atuação consensual se faz necessária. São comuns, especialmente no campo do direito urbanístico, acordos integrativos de autorização por meio dos quais a Administração autoriza a realização de empreendimento mediante a realização de determinadas atividades previamente ao início da atividade a ser autorizada ou condiciona a autorização a obrigações de não fazer no curso da atividade. Muitas vezes tais acordos integrativos são celebrados sem haver norma jurídica correspondente. No caso dos acordos integrativos de autorização, o condicionamento do ato de autorização integra a competência do poder de polícia,<sup>21</sup> razão pela qual não há necessidade de previsão normativa expressa para a celebração de acordos dessa natureza.<sup>22</sup>

#### 4.2.2 Disciplina normativa dos acordos substitutivos de sanção

A relevância da disciplina da consensualidade pela esfera infralegal é inquestionável.

21. "O poder de polícia também compreende a competência para impor aos sujeitos o dever de promover condutas ativas que satisfaçam, de modo mais adequado, os direitos fundamentais alheios e os interesses coletivos. Sob esse prisma, o poder de polícia se torna um instrumento de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deixando de ser um simples instrumento de defesa da liberdade e da propriedade" (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*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 493).

22. 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. 494.

No estudo do plano normativo constatou-se a forte regulamentação dos acordos administrativos, especialmente no âmbito das agências reguladoras, que dispunham sobre a competência de transacionar e delimitavam os principais elementos da atuação consensual. Nessa medida, a Resolução CADE-46/2007 foi fundamental para traçar os novos contornos desta figura e conferir – acertadamente ou não – uma dinâmica própria aos compromissos de cessação.

Outra questão relativa à conexão entre legalidade e consensualidade consiste na possibilidade de a Administração Pública, no exercício de seu poder normativo, dispor sobre a competência de transacionar prerrogativas públicas, e os instrumentos adequados para tanto. Trata-se de saber dos limites à regulamentação da atividade consensual pela própria Administração Pública.

Como mencionado, a Administração Pública tem amplos poderes para dispor sobre os instrumentos consensuais e, nessa medida, sobre a dinâmica de atuação administrativa consensual. Uma vez que a relação de legalidade no tema da consensualidade é de compatibilidade com o regime administrativo, dada a vinculação negativa à lei formal, o Poder Público tem competência para dispor sobre acordos administrativos em sede infralegal, a menos que a lei expressamente proíba a adoção da consensualidade. A partir de então, o tema do exercício do poder normativo para dispor sobre a concertação administrativa passa a integrar o grande debate sobre os limites ao exercício do poder normativo pela Administração Pública.

No caso dos acordos substitutivos, é necessário reconhecer que ao lado vinculação negativa à lei há o dado da instrumentalidade da prerrogativa sancionatória, condicionada aos fins de utilidade pública, que também legitima a disposição regulamentar dos casos de negociação desta prerrogativa. Na medida em que a competência para aplicar sanções cumpre a função de satisfazer as específicas finalidades setoriais, gerando determinada ordem de efeitos, como o efeito simbólico, natural que o Poder Público tenha legitimidade para racionalizar pela edição de atos normativos a negociação da potestade bem como as hipóteses de substituição da sanção ou de terminação consensual do processo sancionador.

A disciplina normativa da consensualidade não se limita apenas à nota da legitimidade do Poder Público para dispor sobre a concertação



administrativa, mas também de assegurar ao administrado conhecimento do instrumento consensual adotado pelo órgão ou ente administrativo, assim como da dinâmica de atuação administrativa consensual, para que tenha maior margem de negociação. As normas que disciplinam a atuação administrativa consensual também cumprem o exposto papel de conferir o desenho mínimo para que o administrado estabeleça sua estratégia negocial e consiga obter, assim, melhores resultados no pacto dos termos dos acordos substitutivos.

A forma de regulamentação dos acordos administrativos não é uniforme no direito administrativo brasileiro,<sup>23</sup> variando significativamente de previsão da competência para transacionar nos regimentos internos até normas específicas para dispor minuciosamente sobre a dinâmica consensual.<sup>24</sup> Respeitadas as limitações legais, quando presentes, o Poder Público é competente para definir o melhor modelo de acordo administrativo, conforme as características setoriais e as finalidades específicas do setor no qual o ato consensual será aplicado.

De fato, a pesquisa do plano normativo demonstrou a existência de diversos instrumentos consensuais segundo o desenho conferido por cada ente administrativo, ainda que apresentassem nomes comuns, como termos de compromisso ou ajustamento de conduta. Em outros termos: a regulamentação da consensualidade é efetivamente praticada, ainda mais no âmbito das agências reguladoras, e adquire funcionalidades particularizadas de um mecanismo para outro. Ainda que se trate do mesmo instrumento consensual, é possível haver oscilação da funcionalidade, a exemplo dos compromissos de cessação do CADE, hoje com a incipiente função de servir à instrução do processo administrativo, algo próximo do acordo de leniência.

Os dados reforçam o cenário de fragmentação de regimes aplicáveis à consensualidade constatada no Capítulo 3 e evidenciam a *atipicidade dos acordos administrativos*. Em grande medida a atipicidade da atuação administrativa consensual resulta da ausência de um modelo geral vinculante a toda a Administração Pública – o que não é necessariamente ruim, pois permite a criação de modelos consensuais mais aderentes à realidade prática de cada ente administrativo. A conformação da Administração Pública cada vez menos piramidal para

23. Cf. o Capítulo 3.

24. Cf. Resolução ANEEL-333/2008 e Deliberação CVM-390/2001.

dar lugar a uma estrutura policêntrica<sup>25</sup> corrobora o entendimento de que a atipicidade dos acordos administrativos se apresenta como importante mecanismo para garantir a eficácia da atuação consensual.

Dessa forma, em sede regulamentar o Poder Público detém ampla discricionariedade para delimitar o modelo de consensualidade que considere ser o mais eficiente para satisfação das finalidades ínsitas ao setor por meio da celebração de acordos administrativos. Necessário asseverar, porém, que o viés eminentemente pragmático da atuação administrativa consensual faz com que a consensualidade seja mais bem trabalhada com a conferência de relativa discricionariedade pelas normas, para que a solução negociada se coadune com o conflito apresentado à Administração Pública. Sem a especificação da materialidade das cláusulas dos acordos administrativos fornece-se maior margem de liberdade para que as cominações sejam negociadas e seu conteúdo se mostre mais próximo às particularidades da situação concreta.

#### 4.3 *Negociação da prerrogativa sancionadora e celebração de acordos administrativos*

No Capítulo 3 do trabalho buscou-se apresentar os tipos de acordos substitutivos amparados no direito administrativo brasileiro e a funcionalidade que desempenham na atuação administrativa consensual. Da análise das normas que preveem os acordos substitutivos constatou-se que tal instrumento consensual se projeta sobre a atuação sancionatória do Estado para substituir a sanção administrativa aplicada pelo Poder Público, suspender o processo administrativo sancionador ou impedir sua instauração. Cumpridas as obrigações pactuadas nos diferentes institutos substitutivos – termos de compromisso e termos de ajustamento de conduta, fundamentalmente –, verifica-se a terminação consensual do processo.

No curso do processo sancionador, no qual será celebrado o acordo administrativo, verifica-se a negociação da prerrogativa sancionatória entre Administração Pública e administrado quanto (i) ao exercício do poder sancionador ou (ii) à medida do exercício deste poder, que, no exemplo da multa, principal sanção regulatória, pode

25. Cf. Alexandre Santos de Aragão, “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”, *RDA* 236/9 e ss., Rio de Janeiro, Renovar, março-junho/2005.



ser compreendida como arbitramento do valor cominado. Necessário ressaltar que este último caso corresponde a um acordo integrativo, pois a sanção administrativa, ainda que menos incisiva, será o provimento administrativo final. Todavia, em ambas as hipóteses se está diante da negociação da prerrogativa sancionadora, na qualidade de prerrogativa pública.

Com relação à viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar, foram enfrentados os principais argumentos de resistência: supremacia do interesse público sobre o interesse privado, indisponibilidade do interesse público e inafastabilidade das prerrogativas públicas. A conclusão alcançada foi pela legitimidade de a Administração negociar o exercício de suas prerrogativas públicas e afastá-las no caso concreto em prol da atuação administrativa consensual. No caso da prerrogativa sancionadora, a mesma conclusão favorável aos acordos administrativos se aproveita.

O princípio da supremacia do interesse público, tradicionalmente construído com a finalidade de legitimar os poderes estatais, não traz um valor metodológico em si que determine a identificação do interesse público na aplicação de sanção administrativa. Em outros termos: a cominação de multa ou o ato de advertir o administrado pela prática de determinada infração não significa necessariamente satisfazer o interesse público, assim como celebrar acordo substitutivo de sanção não corresponde à supremacia do interesse privado.<sup>26</sup> Diante de um cenário de fragmentação dos interesses e de implosão entre esferas pública e privada, é necessário verificar a fundamentação da escolha negociada de celebrar o acordo administrativo quanto às finalidades de interesse público a que a Administração Pública deve imediatamente atender.<sup>27</sup> Nessa medida, a indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à celebração de acordos substitutivos de sanção, porque também este princípio corresponde a uma construção teórica sem adequada metodologia de aplicação.<sup>28</sup>

26. Cf. item 2.4.2.1.

27. David L. Shapiro aponta como uma das peculiaridades do processo administrativo a flexibilidade para adoção dos métodos para formulação de políticas regulatórias, o que, todavia, gera o ônus ao Poder Público de fundamentar a escolha de um mecanismo em detrimento de outro ("The choice of rulemaking or adjudication in the development of administrative policy", *Harvard Law Review* 78/921, 1964-1965, disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).

28. Cf. item 2.4.2.2.

Outro argumento suscitado como restritivo à atuação administrativa consensual consiste na inafastabilidade das prerrogativas públicas, pois haveria um poder-dever da Administração Pública de empregá-las para dotar de eficiência o provimento administrativo, dado o caráter benéfico e exorbitante das prerrogativas públicas. Diante de autorização normativa, ainda que em permissivo genérico, a prerrogativa sancionatória pode ser afastada no caso concreto e dar lugar ao acordo substitutivo de sanção, por ser instrumental e condicionada à finalidade pública.

Uma questão própria do direito administrativo sancionador que se apresenta na disposição da prerrogativa sancionatória consiste na obrigatoriedade de o Poder Público sancionar infração apurada em processo administrativo próprio.<sup>29</sup>

Embora a inafastabilidade das prerrogativas públicas seja reconhecida não apenas com relação ao poder sancionador, nesta situação o argumento se mostra mais forte, muito por conta da cultura repressiva que o direito administrativo tradicionalmente apresenta. O temor à impunidade também pode ser indicado como fundamento para o peso do argumento da inafastabilidade da prerrogativa sancionadora, dado que a resposta consensual às hipóteses de responsabilidade administrativa é relativamente recente; até a década de 1990 o direito administrativo sancionador brasileiro conhecia apenas a resposta binária sancionar/não sancionar.

Importa verificar se o modelo de acordo substitutivo conformado pelas normas admite a substituição da sanção pelo ato consensual. O compromisso de ajuste de conduta previsto na Resolução ANS-48/2003, por exemplo, impede a celebração de acordo substitutivo ao final do

29. Identificando os elementos poder e dever na potestade sancionatória, Heraldo Garcia Vitta assim dispõe: "(...) podemos concluir ser obrigatória a imposição de penalidade administrativa. Se o sujeito infringir o mandamento normativo, o funcionário público encarregado de apurar a infração terá o dever de iniciar o procedimento administrativo; e, uma vez provada a conduta ilícita, deverá impor-lhe a penalidade" (*A Sanção no Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 65). Esse autor excepciona do dever de aplicação de sanção às infrações compreendidas no princípio da bagatela. Para Celso Antônio Bandeira de Mello: "(...) uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato. (...)” (*Curso de Direito Administrativo*, cit., 30ª ed., p. 880).



processo sancionador. Em casos dessa natureza, em que a etapa do processo administrativo na qual será celebrado o acordo se encontra definida no texto normativo, não será possível substituir a sanção cominada por um mecanismo consensual. Também não será possível celebrar acordos substitutivos quando houver no texto normativo expressa proibição à consensualidade, como se verifica no art. 17, § 1º, da lei da improbidade administrativa (Lei 8.429/1992).

Todavia, a Administração Pública estará legitimada a negociar o exercício de suas prerrogativas públicas ao final do processo administrativo sancionador, para substituição do ato sancionatório, quando a norma não especificar o tempo da transação ou for omissa – o que se verifica nos casos de permissivos genéricos. Toma-se como exemplo a Resolução ANEEL-333/2008, que dispõe sobre o termo de compromisso de ajuste de conduta e autoriza a celebração do instrumento consensual da seguinte forma, em seu art. 1º: “A ANEEL poderá, alternativamente à imposição de penalidade, firmar termo de compromisso de ajuste de conduta – TAC com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, com vistas a adequar a conduta desses agentes às disposições legais, regulamentares ou contratuais”.

Dessa forma, a autorização normativa da consensualidade por permissivo genérico viabiliza a substituição da sanção por acordo administrativo mesmo quando apurada a responsabilidade administrativa. Tendo em vista que a leitura da legalidade mais adequada para lidar com a consensualidade corresponde à vinculação negativa da Administração à juridicidade, bem como à instrumentalidade das prerrogativas públicas, condicionadas à satisfação das finalidades públicas, a sanção somente não poderá ser substituída por acordo administrativo quando houver expressa delimitação normativa do tempo da negociação ou mediante explícita vedação pela norma.

Ocorre que a prerrogativa sancionadora se enquadra no panorama geral das prerrogativas públicas, sendo, portanto, exorbitante e instrumental. Na qualidade de mecanismo instrumental ao alcance dos fins de ordem pública estabelecidos nas leis-quadros ou, mesmo, no regramento infralegal, a prerrogativa sancionadora pode deixar de ser exercida pelo Poder Público no caso concreto, para alcance desses mesmos fins por outro modo de ação, como a atuação administrativa concertada. Dentro da margem de discricionariedade, a Administração

Pública está adstrita ao denominado “vínculo de fim”, e deve satisfazer as finalidades públicas por mecanismos os mais variados, gozando de relativa liberdade de escolha nos limites fornecidos pelo regime jurídico que disciplina a situação em concreto.

Para os acordos substitutivos de sanção administrativa é especialmente cara a análise dos efeitos esperados pela ação administrativa para que a Administração Pública delibere pela consensualidade ou pela imperatividade.<sup>30</sup> Tomando a sanção administrativa e o acordo substitutivo como verdadeiros mecanismos de atuação administrativa, é possível extrair os principais efeitos que cada um apresenta para serem considerados na deliberação do Poder Público sobre o meio de preenchimento do “vínculo em branco” entre atuação e finalidade.<sup>31</sup>

Com relação à sanção administrativa, sobressaem os seguintes efeitos: repressão do infrator, recomposição da legalidade, prevenção de infrações pelo efeito simbólico que gera na sociedade, afirmação da autoridade da Administração Pública perante os administrados e persuasão na negociação dos acordos administrativos.

Repressão do infrator<sup>32</sup> e recomposição da legalidade são os efeitos mais lembrados pela doutrina administrativa ao trabalhar a aplicação de sanções administrativas pelo Poder Público.

30. “A discricionariedade de decisão e a discricionariedade de escolha formam, em conjunto, aquilo que habitualmente se designa na doutrina germânica por *discricionariedade dos efeitos jurídicos (Rechtsfolgeermessen)*. Quer ao órgão apenas caiba ponderar sobre se há de ou não de adoptar uma conduta que a lei permite mas não impõe, quer lhe cumpra escolher entre vários resultados positivos que a lei indica em alternativa, quer haja de completar o tipo aberto desenhado na norma de competência, pondo termo à indeterminação parcial dos efeitos, põe-se ainda a questão de perceber um pouco mais de perto em que consiste a tarefa levada a cabo, para melhor dominar a natureza da autonomia exercida” (José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, cit., p. 479 – grifei).

31. Maria João Estorninho, *A Fuga para o Direito Privado*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 204.

32. Sobre a consideração da sanção administrativa como consequência negativa imposta ao infrator, Rafael Munhoz de Mello assim dispõe: “Como sanção jurídica que é, a sanção administrativa consiste numa consequência negativa imposta ao infrator de um dever jurídico. A Administração Pública, no exercício de sua competência sancionadora, aplica uma medida de caráter aflitivo ao infrator, punindo-o pela prática do ilícito administrativo. Daí se falar em medida aflitiva: pune-se o infrator, impondo-lhe um mal, uma situação desfavorável” (*Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. As Sanções Administrativas à Luz da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 72).



O principal efeito da sanção administrativa apontado consiste no efeito simbólico à sociedade. Pela apuração da infração em processo sancionador e pela repressão do infrator, a sanção administrativa seria exemplar aos demais administrados, que conformariam seu comportamento às normas transgredidas, para não serem também sancionados como no precedente.<sup>33</sup> Trata-se da prevenção de infrações administrativas pela constituição de incentivos negativos à tomada de decisão contrária ao ordenamento jurídico por meio da cominação de multas, advertências e demais sanções administrativas.

O efeito simbólico da sanção é o principal indutor de medidas repressivas incisivas, como a cominação de multas de valores notadamente elevados que se verifica no direito regulatório. Para tanto, parte-se da premissa de que, quanto maior o peso da intervenção estatal, maior também será a percepção da autoridade estatal. Como consequência da maior intimidação, o número de infrações administrativas se reduziria.

Nessa medida, a afirmação da autoridade da Administração Pública perante os administrados tornaria mais eficaz a disciplina estatal das diversas atividades privadas. No âmbito do direito regulatório, Floriano de Azevedo Marques Neto assim demonstra a relevância da afirmação do regulador perante os regulados por meio da aplicação de sanções:

O exercício da função punitiva possui grande importância. Isso não só por constituir a punição um requisito de eficácia da atividade reguladora, mas também porque é primordialmente pelo poder de sanção que o órgão regulador se afirma frente aos atores privados regulados (concessionários, permissionários, autorizatários etc.) e perante os administrados (consumidores). Sem a ameaça potencial de sanção, resta fragiliza-

33. Sobre o efeito preventivo da sanção administrativa, Manuel Rebollo Puig expõe: “Claro que castigar sí tiene una finalidad. Las sanciones administrativas tienen una finalidad, como la tienen las penas. Aquí también se puede decir que las sanciones administrativas son útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento pues sirven para prevenir infracciones futuras y así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración” (“El derecho administrativo sancionador”, in Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.), *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 268).

da a autoridade regulatória. Sem perceber a capacidade coercitiva do regulador, sente-se o administrado desamparado.<sup>34</sup>

Por fim, um efeito da sanção administrativa percebido por Fábio Medina Osório coaduna-se com a ascensão da atuação administrativa consensual por meio da recepção de instrumentos consensuais no plano normativo do direito administrativo, qual seja: a persuasão na negociação prévia à celebração de acordos administrativos.<sup>35</sup> A ameaça da imposição de sanção pela Administração Pública consiste em relevante elemento de barganha para celebração de acordos mais favoráveis às exigências públicas. Sendo uma “arma exorbitante”, na medida em que a prerrogativa sancionadora é por natureza exorbitante, as negociações dos acordos substitutivos não são paritárias, como tende a defender parcela da doutrina ao afirmar as relações horizontalizadas na consensualidade.

Para alcançar um dos expostos efeitos, a Administração Pública pode optar por agir de forma típica, com a cominação de sanções administrativas. Apesar da dificuldade de medir os efeitos da sanção administrativa, que variam conforme o tipo de sanção e a autoridade que maneja a prerrogativa sancionadora, a exposição dos principais efeitos considerados auxilia a deliberação do Poder Público sobre a forma de exercer suas respectivas competências.

Por outro lado, se optar pela atuação administrativa consensual, a Administração Pública poderá se beneficiar de possível *redução de tempo* e, conseqüentemente, de *custos* se o acordo administrativo for firmado antes do momento de decisão do Poder Público a respeito da responsabilidade administrativa. No estudo do caso dos compromissos de cessão, ambos os efeitos são os principais motivadores da celebração de TCC, na medida em que o tempo econômico do processo é de grande valia à autoridade antitruste.

34. Floriano de Azevedo Marques Neto, “Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica”, *RDA* 221/354, Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

35. Fábio Medina Osório, “O conceito de sanção administrativa no Direito Brasileiro”, in Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.), *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 319.



Também poderá *limitar os riscos da judicialização* com a celebração de acordo administrativo, pois a consensualidade determina o cumprimento espontâneo da avença pelos compromissários, sem questionamento em juízo, a princípio, das decisões tomadas pelo Poder Público. No entanto, deve-se salientar a possibilidade de o acordo administrativo ser judicializado por terceiros estranhos à relação consensual, para garantir que seus direitos não sejam restringidos ou suprimidos pelo cumprimento das obrigações pactuadas.

Outro efeito relacionado aos acordos substitutivos corresponde à *imediata resposta à sociedade* sobre fatos que exijam provimento administrativo, que se relaciona diretamente com a celeridade processual. A pronta resposta estatal propiciada pelos acordos substitutivos confere à Administração Pública maior efetividade no cumprimento de suas competências, pela afirmação de sua capacidade institucional para efetivamente disciplinar as correspondentes atividades privadas.

Nessa medida, os acordos substitutivos se afirmam no direito administrativo brasileiro, e isso fica claro com o estudo da consensualidade no direito antitruste, para contornar problemas institucionais relacionados ao *enforcement* da decisão sancionatória. Tendo em vista que a multa consiste na principal sanção administrativa, seu baixo recolhimento e sua alta judicialização, seja em razão do recurso do sancionado ao Judiciário, seja mediante ação de execução fiscal para recebimento do crédito pelo Poder Público, estimulam-no a adotar mecanismos concertados.

Os acordos substitutivos ainda podem ser preferidos à sanção caso a Administração Pública escolha por disciplinar determinada situação fática por meio de cominações positivas ou negativas pactuadas com o compromissário. Ao invés de recolher determinada quantia por meio da multa, a Administração pode compreender como mais eficiente ao caso concreto estabelecer as obrigações de cessar determinada prática e de adotar um conjunto de comportamentos que impeçam futuras infrações administrativas.

Não necessariamente os acordos substitutivos serão mais eficientes que o prosseguimento de processo sancionador para apuração de responsabilidade administrativa ou que a aplicação de sanção. A determinação da eficiência da decisão depende do desenho do acordo substitutivo definido pelas normas que o disciplinam, da capacidade

institucional do ente administrativo que maneje a prerrogativa imperativa e das peculiaridades do caso concreto. O mais relevante é que a opção pela atuação administrativa consensual seja motivada no âmbito do processo administrativo.

Poder Público ou particular podem, indistintamente, apresentar propostas de acordos substitutivos, conforme a formalização exigida em norma. A celebração do acordo substitutivo depende do consentimento de ambas as partes, pública e privada, imprescindível para marcar a bilateralidade que caracteriza o ato consensual.<sup>36</sup> Não há que se afirmar, portanto, um direito à celebração de acordo administrativo ao particular com a apresentação de proposta pela Administração Pública ou pelo próprio particular. O mesmo direito à atuação administrativa consensual também não pode ser pleiteado pelo particular invocando precedente de mesma natureza em que tenha sido firmado o pacto ou comportamento consolidado.

A celebração de acordo substitutivo encontra-se envolta na discricionariedade administrativa, o que implica afirmar que a atuação imperativa ou a consensual são opções colocadas à disposição da Administração Pública, para escolha dentro da margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico. Desde que procedimental e devidamente fundamentada, a Administração pode prosseguir o processo sancionador e, comprovada a responsabilidade administrativa, aplicar a sanção ou celebrar acordo substitutivo, mediante consentimento do administrado, após etapa de negociação da prerrogativa sancionatória. Ademais, a celebração de acordo substitutivo também não pode ser considerada um direito oponível pelo particular com fulcro no princípio da igualdade, pelo fato de cada caso ser notadamente particular em relação a outro.

#### 4.4 Controle judicial dos acordos substitutivos

A questão do controle dos atos administrativos consiste em um dos principais temas do direito administrativo. Se originalmente o

36. O consentimento para celebração de acordo substitutivo remete à questão da autonomia da vontade no direito administrativo. Maria João Estorninho indica que não se trata propriamente de reconhecer a autonomia da vontade na Administração Pública, mas, antes, da competência para transacionar (*A Fuga para o Direito Privado*, cit., p. 199).



controle das decisões tomadas pela Administração Pública era embasado a partir do princípio da separação de Poderes, atualmente a supervisão dos atos se encontra em contexto mais complexo, que envolve temas como capacidade institucional, eficiência da organização administrativa, qualidade técnica dos provimentos e, mesmo, usurpação de competência administrativa.

A questão do controle dos acordos administrativos é central à eficácia da atuação administrativa consensual.

Recorrentes questionamentos sobre os acordos celebrados pela Administração Pública podem comprometer a efetividade da medida concertada e, no extremo, levar à inutilidade desse instrumento. A substituição da decisão administrativa, consensual ou imperativa de negativa do consenso, pelo Judiciário ou por outra autoridade administrativa pode colocar em xeque a competência dos órgãos e entes administrativos de agir de forma concertada e gerar, assim, incentivo negativo à negociação das prerrogativas públicas.

O fato é que a judicialização ou o controle procedido pela própria Administração dos acordos administrativos são contrários à lógica do consenso, que se volta a evitar ou resolver os conflitos, e não a prolongá-los ou, mesmo, transmiti-los a outras instâncias (de controle). Tanto é assim, que a maioria dos compromissos de cessação estudados prevê o distrato do acordo substitutivo caso o compromissário questione seus termos em juízo.

Contudo, não se nega o controle da atuação administrativa consensual. Seja por força do art. 5º, XXXV, da CF, seja pela própria organização administrativa, é inafastável o controle dos atos consensuais. Além da obrigatoriedade constitucional e legal, o controle da consensualidade também se mostra relevante para a garantia da regularidade deste modo de ação administrativa bem como da credibilidade dos acordos substitutivos, na medida em que diminuem os riscos de captura.

Há que se reconhecer um formato diferente de controle dos acordos administrativos, para concomitante garantia da regularidade e da efetividade da atuação administrativa consensual. A questão corresponde, portanto, a saber qual é a medida do controle dos acordos que não comprometa sua eficácia. Os próximos itens pretendem responder a ela com relação ao controle interno e externo dos acordos substitutivos de sanção, este concentrado no controle judicial.

Exatamente por colocar em evidência o princípio da separação de Poderes, o controle externo da Administração Pública procedido pelo Legislativo e pelo Judiciário tem suscitado calorosos debates sobre os fundamentos e limites da intervenção dos Poderes na atuação administrativa. Nessa medida, a discussão sobre o controle judicial dos atos administrativos se destaca e pode, hoje, ser considerada como um dos principais temas da agenda teórica do direito administrativo, ante a proeminência do Judiciário no cenário jurídico-político.

O clássico tema do controle judicial dos atos administrativos parte de premissas sólidas na teoria do direito administrativo, quais sejam: (i) diferenciação entre vinculação e discricionariedade; (ii) existência do conceito de mérito na discricionariedade, correspondendo ao espaço de apreciação subjetiva da Administração, geralmente resumido no binômio oportunidade/conveniência; e (iii) o controle judicial dos atos administrativos corresponde ao exame de legalidade; portanto, sem apreciação do mérito do ato discricionário e com pleno controle judicial dos atos vinculados.

Essas premissas foram primeiramente estruturadas com o advento do Estado de Direito, quando se verificou a submissão do então Estado de Polícia, marcado pela absoluta soberania estatal, ao ordenamento jurídico, em uma relação de legalidade. Onde antes havia a arbitrariedade passa-se a reconhecer a discricionariedade, pois circunscrita pelo regime jurídico-administrativo. A primeira teoria de controle correspondeu, portanto, à *insindicabilidade dos atos administrativos*. De acordo com uma visão rígida da separação de Poderes, os atos administrativos representavam a exteriorização da função pública, de forma que ao Judiciário seria defeso interferir no exercício desta competência típica do Executivo, sob pena de usurpação dos Poderes.

No plano do direito administrativo brasileiro o que se tem percebido nos últimos anos é uma tendência de ampliação do controle, verificada pelo aumento das teorias de controle dos atos administrativos como resposta ao aumento da discricionariedade da Administração Pública propiciado pelo aumento do número de normas de textura aberta para viabilizar a execução das diversas competências assumidas pelo Estado Social de Direito. Na prática do controle da atuação administrativa pelo Judiciário constatam-se o aumento da legalidade



e a correspondente redução do mérito administrativo, tanto que se mostra difícil traçar os limites entre legalidade e mérito.<sup>37</sup>

Dessa forma, diversas teorias foram construídas com o propósito de fortalecer o controle judicial dos atos administrativos,<sup>38</sup> como a *teoria dos elementos dos atos administrativos*, que considera como vinculados os elementos competência, forma e finalidade do ato administrativo, ainda que o ato seja discricionário, permitindo, assim, o controle judicial destes elementos. Nessa linha também figuram a *teoria do desvio de poder*<sup>39</sup> e a *teoria dos motivos determinantes*,<sup>40</sup> que permitem, respectivamente, a apreciação jurisdicional da finalidade e das causas que ensejaram a produção do ato administrativo.

Atualmente evidencia-se a tendência de controle judicial dos atos administrativos com base em *princípios*, em especial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>41</sup> É recente tradição do STF, por

37. Cf. Marcos Paulo Veríssimo, "Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras", in Alexandre Santos de Aragão (coord.), *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 408.

38. O comportamento de controle mais incisivo dos atos administrativos pelo Judiciário é identificado como *ativismo judicial*, ao contrário da *deferência judicial* aos atos do Poder Público, pelo qual o Judiciário deixa de proceder à revisão dos provimentos administrativos (cf. Daniel Wang, Juliana Palma e Daniel Colombo, "Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira", in Mário Gomes Schapiro (org.), *Direito Econômico Regulatório*, São Paulo, Saraiva, 2010).

39. "(...) entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição. (...). Tratando-se, como se trata, de um comportamento que desgarra do fim legal, é, em suma, uma transgressão da lei. Por isso o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de legalidade estrita" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 11ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 56-57).

40. "Segundo essa teoria, [*teoria dos motivos determinantes*] os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a existência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar" (Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 12ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2008, p. 137).

41. Em pesquisa realizada por Daniel Wang, Juliana Palma e Daniel Colombo constatou-se que 48,77% dos atos das agências reguladoras estudadas foram mantidos com fundamento em princípios, ao passo que em 42,62% dos casos de revisão dos atos regulatórios a fundamentação se embasou em princípios ("Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira", cit., in Mário Gomes Schapiro (org.), *Direito Econômico Regulatório*.

exemplo, decidir questões de direito público a partir da aplicação de determinados princípios, com formulação de metodologia para lidar com o uso dos mesmos, como se verifica com a proporcionalidade e a igualdade. A revisão dos atos administrativos com base em princípios consiste em mecanismo mais incisivo de controle judicial da Administração Pública, alinhando-se à tendência de ampliação da incidência do Judiciário sobre as decisões administrativas.<sup>42</sup>

Todas as teorias expostas corroboram a ampliação do conceito de legalidade e, conseqüentemente, o fortalecimento do controle judicial dos atos administrativos, que passa a abranger o que era originalmente entendido como mérito administrativo. A premissa de diferenciar análise de mérito e análise de legalidade se mostra, portanto, pouco útil para lidar com o atual modelo de atuação administrativa, especialmente quando levado ao campo da regulação ou, mesmo, da consensualidade. Dessa forma, a dificuldade em traçar fronteiras precisas entre vinculação e discricionariedade enseja a adoção de graus de controle judicial da Administração Pública,<sup>43</sup> por meio do qual determinados tipos de atos demandariam controle mais detido do Judiciário, ao passo que outros determinariam uma postura de deferência do juiz em relação à decisão administrativa.

A incipiente doutrina de deferência judicial no Brasil recebeu forte influência do Direito Norte-Americano, cuja lei de processo administrativo (*APA – Administrative Procedure Act*) possui norma própria para restringir a análise do Judiciário sobre decisões razoáveis e técnicas tomadas pelas agências reguladoras.<sup>44</sup> Nessa medida, a *self-restraint doctrine* já possui bases sólidas neste sistema administrativo, contando com variados casos judiciais de deferência a partir do *leading case* "Chevron".

Natural, portanto, que a questão da deferência judicial começasse a ganhar projeção com a introdução do modelo de agências regu-

42. Diante do cenário de julgamento dos atos administrativos com uso cada vez maior de princípios, Carlos Ari Sundfeld determina ser ônus do juiz uma fundamentação mais robusta nos casos que envolvam aplicação de princípios pelo julgador ("Princípio é preguiça?", in *Direito Administrativo para Céticos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, pp. 60-84).

43. Cf. Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, cit., p. 274.

44. APA: "§ 701. This chapter [revisão judicial] applies, according to the provisions thereof, except to the extent that: (1) statutes preclude judicial review; or (2) agency action is committed to agency discretion by law".



ladoras no cenário institucional brasileiro. No âmbito da regulação, o controle judicial das decisões regulatórias pode colocar em questionamento a capacidade institucional da agência de executar suas competências, bem como a autoridade necessária para se afirmar perante os regulados e, assim, proceder à regulação. Em outros termos: a substituição da decisão regulatória pela decisão judicial gera certa ordem de efeitos que minariam a função de disciplina setorial das agências reguladoras.

O amplo debate envolvendo os fundamentos e limites do controle judicial da Administração Pública engrandece no cenário regulatório do Estado, razão pela qual as principais discussões sobre a deferência judicial se encontram na literatura sobre regulação – o que não impede a extensão de suas considerações para todas as demais atividades estatais desempenhadas pela Administração direta e indireta.

O atual estado do debate do controle judicial da Administração Pública contempla tanto as teorias de controle, que ainda são largamente utilizadas pelo Judiciário, quanto a doutrina de deferência judicial. Com relação a esta doutrina, as discussões voltam-se à identificação dos critérios que determinariam uma postura de deferência do Judiciário quando da análise das decisões administrativas.

Para Gustavo Binenbojm se haveria de reconhecer como *standards* ao controle judicial da Administração Pública a restrição aos direitos fundamentais determinada pela decisão administrativa, a objetividade do comando legal – hipóteses, estas, que predicam um controle judicial mais incisivo –, a tecnicidade da matéria *sub judice*, a política envolvida na deliberação administrativa e o grau participação administrativa. Nestes últimos casos o grau de controle judicial haveria de ser mais tênue.<sup>45</sup>

Também é interessante apresentar os fatores considerados por Marcos Paulo Veríssimo para legitimar uma postura de deferência pelo Judiciário na análise de atos administrativos: seriedade, imparcialidade e comprometimento do ente que proferiu a decisão administrativa, grau de abertura à participação administrativa dado pela autoridade anteriormente à tomada de decisão, transparência do processo administrativo

45. Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, cit., pp. 235-236.

no qual esta tenha sido formulada e compatibilidade do ato praticado com orientação consolidada no ente ou órgão administrativo.<sup>46</sup>

Alexandre Santos de Aragão sustenta que nos casos de dúvida quanto ao ato praticado, e sendo a decisão administrativa razoável, o Judiciário não estaria autorizado a rever os atos das agências reguladoras.<sup>47</sup> Isso se deve fundamentalmente à expressiva margem de liberdade conferida pela lei ao regulador, que detém caráter técnico-especializado.

Reconhecendo um cenário de aumento do controle da Administração Pública pelo Judiciário nos casos de discricionariedade administrativa, Floriano de Azevedo Marques Neto propõe que essa análise judicial recaia sobre a motivação da decisão tomada pelo Poder Público.<sup>48</sup> Nessa linha de análise, Paulo Todescan Lessa Mattos limita o papel do juiz controlador a apreciar a adequação da motivação dos efeitos esperados pela medida administrativa aos efeitos efetivamente gerados<sup>49</sup> (algo próximo da avaliação de impacto regulatório).

A breve coleção das teses sobre a deferência judicial em face das decisões administrativas, recolhidas do debate sobre o controle da regulação pelo Judiciário, tem por finalidade demonstrar quais critérios têm sido considerados atualmente para limitar a ingerência do Judiciário sobre a atuação administrativa. Especialmente sobre certas atividades consideradas sensíveis, como o ato regulatório, o controle judicial passa a ser debatido com a finalidade de minimizar os efeitos sobre a efetividade da atuação administrativa.

Na atuação administrativa consensual a revisão judicial dos acordos substitutivos pode levar à nefasta consequência de inviabilizar a prática da consensualidade na Administração Pública.

46. Marcos Paulo Veríssimo, “Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras”, cit., in Alexandre Santos de Aragão (coord.), *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, p. 413.

47. Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 350-351.

48. Floriano de Azevedo Marques Neto, “Discricionariedade administrativa e controle judicial da Administração”, *Fórum Administrativo: Direito Público* 2/471, n. 14, Belo Horizonte, abril/2002 (disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/44942>, acesso em 8.2.2012).

49. Paulo Todescan Lessa Mattos, “Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro”, *RDPE* 12/194, Belo Horizonte, Fórum, 2003.



Primeiramente, reiteradas invalidações de cláusulas ou da integralidade dos acordos pode ocasionar *perda de eficiência* da decisão construída no caso concreto. Se uma das externalidades positivas dos acordos substitutivos corresponde à criação de uma solução (mais) eficiente ao problema analisado – ou seja, assunção de obrigações em detrimento da aplicação de sanção administrativa –, a revisão judicial pode significar perda de eficiência, na medida em que o compromissário não mais se vincula à cominação pactuada.

Além da perda de eficiência pela substituição do ato consensual pela decisão judicial, também os *efeitos diretamente relacionados ao acordo substitutivo* são comprometidos, como a redução de tempo e de custos, a imediata resposta à sociedade e o custo reputacional, que se mantém diante de uma possível condenação administrativa ou, mesmo, judicial.

Na ponta, a revisão judicial dos acordos administrativos gera *incentivo negativo à consensualidade* na Administração Pública, fomentando o *comportamento repressivo* nos processos administrativos sancionadores. De fato, a prática da substituição dos atos consensuais pelo Judiciário desestimula a celebração de novos acordos administrativos, pois carecem de efetividade.

A negociação travada entre Administração Pública e administrado, que toma considerável tempo e envolve custos consideráveis, é frustrada. A competência da autoridade administrativa de celebrar acordos substitutivos é colocada em questionamento – questionamento, esse, que, inclusive, alcança a capacidade institucional da Administração de exercer suas correspondentes funções. Decorrência do exposto é a solidificação da atuação sancionatória como resposta estatal a práticas que poderiam ter um desfecho criativo e mais adequado à superação do problema concreto, restando inutilizada importante ferramenta de ação administrativa.

Importante ressaltar que os efeitos expostos decorrem do reiterado comportamento de revisão judicial dos acordos substitutivos, que implica substituição do ato consensual pela decisão do Judiciário. Não se questiona a análise judicial dos acordos negociados e celebrados pela Administração Pública, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da

CF.<sup>50</sup> O juiz tem legitimidade para apreciar os acordos substitutivos firmados pelo órgão ou ente administrativo autorizado; todavia, o exercício dessa competência assume certos contornos, para evitar o aperfeiçoamento dos efeitos acima descritos.

A postura de deferência judicial com relação aos atos administrativos não é desconhecido do direito administrativo. Se retomarmos o primeiro momento do debate, a regra da insindicabilidade dos atos praticados pelo Poder Público confirma a postura de deferência, assim como a noção de mérito administrativo, que mais recentemente se construiu. A justificativa formal da postura de deferência tradicionalmente corresponde ao princípio da separação de Poderes, mas hoje interagem outros motivos que fundamentam a deferência, como a capacidade institucional da Administração Pública, tecnicamente capacitada para lidar com as matérias atinentes à sua esfera de competência, e o maior grau de proximidade com o problema.

No caso dos acordos substitutivos ambas as justificativas de deferência são reconhecidas. Da análise dos compromissos de cessação do CADE, por exemplo, notam-se a tecnicidade das cláusulas dos termos e a proximidade da autoridade antitruste com a conduta apurada. Principalmente nos acordos mais recentes, constata-se estreito relacionamento das cominações com a conduta, bem como o conteúdo técnico que tais cláusulas apresentam. A proximidade da autoridade antitruste com o problema é evidenciada no processo administrativo e na negociação prévia à celebração dos TCCs, esta nos acordos celebrados principalmente a partir de 2006, que conferem à autoridade administrativa dimensão mais aprofundada do problema em análise.

A consensualidade constitui, enfim, *standard* ao controle judicial da Administração Pública.

Pela consideração da consensualidade como *standard*, tem-se que os acordos celebrados pela Administração Pública com o administrado após a etapa de negociação não podem ser substituídos por outra decisão que o juiz reputa como a mais adequada ao caso concreto. A preferência do acordo substitutivo à decisão judicial decorre da valorização da negociação do exercício das prerrogativas públicas no processo ad-

50. CF, art. 5º, XXXV: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”.



ministrativo, e, nessa medida, do próprio instrumento do acordo administrativo na satisfação das finalidades públicas pela via concertada.

Dessa forma, o papel do juiz na atuação administrativa consensual não está propriamente em analisar a resposta estatal mais eficiente ao caso concreto e, assim, escolher entre atuação imperativa por meio de aplicação de sanção e atuação consensual. Trata-se de competência detida pelas autoridades administrativas cujo regime jurídico recepciona instrumentos consensuais. Quando da análise dos acordos celebrados pela Administração Pública, o juiz deve assumir postura de deferência à decisão administrativa, sem se imiscuir no controle nos termos do referido art. 5º, XXXV, da CF.

Quando da análise dos acordos administrativos, o juiz deve deslocar o foco de análise do ato final para o *processo administrativo*, dado que a consensualidade se procede ao longo do decurso procedimental, onde se verifica a negociação entre Poder Público e particular.

O juiz deve assegurar o *devido processo legal* na celebração dos acordos administrativos, de forma a que sejam observados todos os ritos processuais e demais exigências normativas na atuação administrativa consensual. Na atuação consensual o Judiciário cumpre o relevante papel de impedir a captura da Administração Pública a partir do controle do processo administrativo sancionador no qual será celebrado o acordo substitutivo. Cabe ao Judiciário assegurar uma *negociação* efetivamente *processual*, que seja desenvolvida no âmbito do processo administrativo. Pode, para tanto, exigir a publicação das atas de negociação entre Poder Público e particular, ainda que *ex post*, o que não necessariamente implica transcrição das tratativas, que poderia minar a estratégia negocial da Administração tanto no processo sancionador em pauta quanto nos casos futuros.

Sua principal atribuição é, então, garantir a regularidade do desenvolvimento da consensualidade, mas também se estende para a análise dos efeitos do acordo efetivado pela Administração Pública, na medida em que as cláusulas pactuadas não devem impedir ou restringir direitos de terceiros estranhos à avença.

Assim, o juiz deve verificar a *licitude das cláusulas* estabelecidas nos termos. As obrigações pactuadas precisam estar amparadas no conceito de legalidade, o que não necessariamente implica previsão expressa nas normas que compõem o regime jurídico do acordo subs-

titutivo. Foi visto no item 4.2 que a legalidade na seara da consensualidade é interpretada em sua acepção negativa, conferindo margens à atipicidade para melhor conformação do mecanismo consensual. Tal compreensão da legalidade exige que o juiz examine a juridicidade dos termos pactuados, para verificar se o conteúdo é contrário ao ordenamento legal, isto é, se as obrigações pactuadas são defesas em lei, por constituírem qualquer espécie de ilícito.

De semelhante modo, a *forma do acordo substitutivo* integra o campo de análise judicial da consensualidade no processo administrativo sancionador. Caso se verifique que determinados requisitos normativos não foram atendidos, a exemplo da ausência de cláusulas obrigatórias, ou que a forma empregada é defesa em norma, o juiz pode invalidar o acordo substitutivo e remetê-lo ao órgão ou ente administrativo comprometente, para que sane a irregularidade.

#### 4.5 Um dilema comum: a cultura repressiva no direito administrativo brasileiro

Dentre as conclusões extraídas do presente capítulo, o estudo teórico permitiu evidenciar que a consensualidade impõe novas leituras de clássicas teorias do direito administrativo, a exemplo da legalidade e do controle judicial, dada a dinâmica de atuação por meio de acordos administrativos, que não se coaduna com as construções teóricas erigidas no contexto do Estado Liberal para lidar com o modelo de atuação administrativa típica.

À primeira vista, a necessidade de conferir novas interpretações a noções teóricas sedimentadas poderia restringir a adoção de acordos administrativos – notadamente os acordos substitutivos de sanção – pelo Poder Público para satisfazer as finalidades públicas. No entanto, deve-se ter em conta que a consensualidade certamente não é o único motivador da revisão das teorias do direito administrativo. Na verdade, a consensualidade encontra-se em um panorama maior de conjuntura, que envolve, dentre outros elementos, parcerias público-privadas, participação administrativa, regulação, governança pública e eficiência e implosão da dicotomia público-privado.<sup>51</sup> Nessa medida,

51. Sobre as transformações do direito administrativo, cf. Sabino Cassese, “As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI”, *Interesse Público* 24/13-23, Belo Horizonte, Fórum, 2004.



é o atual panorama em que a contemporânea Administração Pública se encontra que enseja a revisitação das bases do direito administrativo.

Eventual baixo emprego dos acordos substitutivos de sanção não deve ser atribuído, portanto, à releitura das teorias clássicas do direito administrativo que seu manejo determina. Como visto, trata-se de um panorama maior de revisão do arcabouço teórico, tendo em vista as práticas de gestão que começam a se estabelecer na Administração Pública e o novo panorama institucional determinado especialmente após a Reforma do Estado, matizado pelas diretrizes de eficiência e participação administrativa. No entanto, deve-se indicar a ainda forte *cultura repressiva* que há no âmbito da Administração Pública – esse, sim, elemento capaz de inviabilizar a consensualidade na atividade sancionatória do Estado.

A cultura repressiva evidenciada no Poder Público deve-se, basicamente, a quatro fatores: (i) legado histórico da Administração Pública como centro de exercício da autoridade estatal; (ii) compreensão da prerrogativa sancionadora como dever-poder; (iii) valorização dos efeitos da sanção administrativa; e (iv) demanda repressiva tanto por parte da própria Administração Pública quanto pelos órgãos de controle.

A primeira base de sustentação da cultura repressiva corresponde ao *legado histórico* da Administração Pública como centro de exercício da autoridade estatal, notadamente efetivada por meio de restrições a direitos e liberdades dos particulares com fundamento no poder de polícia.<sup>52</sup> Para investigar esse fator faz-se necessário remontar à origem do direito administrativo.

Nos moldes como é hoje concebida, a Administração Pública nasce de um aparato arbitrário, delineado pelo Estado de Polícia. Na clássica teoria do direito administrativo, estruturada na visão europeia continental do século XIX sobre o Antigo Regime, o Poder Público

52. “Na visão clássica, o instrumento jurídico mais utilizado era a norma jurídica, interpretada como padrão de conduta de observância obrigatória sob coerção estatal. Segundo essa concepção, as normas têm de ser dotadas de sanção, consistente numa consequência de cunho negativo respaldada pelo poder estatal. A ausência de sanção configura um defeito normativo. Essa proposta se relaciona com uma concepção de intervenção estatal predominantemente autoritativa. Sob esse prisma, o Estado impõe e exige comportamentos, os quais devem ser satisfeitos pelos particulares, sob pena de sofrerem punições derivadas do exercício dos poderes de império público” (Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, cit., 4ª ed., p. 569).

correspondia à figura do monarca soberano, cuja vontade era o fundamento único da ordenação da sociedade, com a qual estabelecia relacionamento absolutista.<sup>53</sup> A produção legislativa não era vinculante para o soberano, e os particulares eram, então, compreendidos como súditos do poder de autoridade externalizado pelo monarca.<sup>54</sup>

A contemporânea Administração Pública surge como um aparato burocrático “domesticado”, reformado e submetido à ordem jurídica.<sup>55</sup> Supera, portanto, a condição de arbitrariedade de suas ações, mas perpetua privilégios próprios do Estado de Polícia para o exercício da função coercitiva sob a batuta do direito administrativo.<sup>56</sup> Se, por um lado, o direito administrativo recebe certos aspectos do Estado de Polícia, em um viés marcadamente autoritário,<sup>57</sup> por outro, surge com a missão histórica de defender os direitos e garantias individuais frente à Administração Pública.<sup>58</sup>

Por esta atribuição do direito administrativo se reconhece o legado histórico da Administração Pública em exercer com pungência o

53. Cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 1.

54. Idem, *ibidem*.

55. Odete Medauar indica o debate suscitado em torno do papel do nascimento do direito administrativo, se de ruptura com o modelo do Antigo Regime ou de continuidade dos institutos e normas formulados sob a égide do Estado Absolutista. Posicionando-se no debate, a autora sustenta que “melhor se configura orientação que leva em conta os dois aspectos, sem extremos, para vincular o direito administrativo à Revolução Francesa em termos de princípios, não em virtude da origem de um tipo de organização; e para levar em conta noções e mesmo práticas do Antigo Regime acolhidas em parte pelo Direito em formação, embora em outro contexto sociopolítico” (*O Direito Administrativo em Evolução*, cit., 2ª ed., p. 21).

56. “Desta forma, do Estado Absoluto para o Estado Liberal a ruptura não é total: por baixo dos princípios ideológicos e estruturais definidores do Estado Constitucional existem linhas de continuidade, através das quais são vertidos e conseguem sobreviver conteúdos do Antigo Regime” (Vasco Manuel da Silva, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, p. 39).

57. Cf. Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª ed., vol. II, Madri, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp. 44 e ss.

58. “O direito administrativo surge, no âmbito do Direito e dos Estados Modernos, como um fenomenal instrumento capaz de ser, a um só tempo, um instrumento de ação do poder político e um arcabouço de regras e princípios voltados à sua limitação, direcionado a procurar ‘os meios e estruturas que assegurem um intervencionismo estatal aceitável’” (Floriano de Azevedo Marques Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 61-62).



poder de autoridade estatal, aplicar sanções e impor medidas de polícia, pois corresponde a uma estrutura de poder centralizado. Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

O fato é que toda a formulação teórica do direito administrativo (quer nos seus primórdios do Estado de Polícia, quer ao longo de sua evolução, quer, ainda, posteriormente, no período assim chamado de *Estado de Direito*) é erguida em torno e com vistas ao tratamento das relações que envolvem a autoridade pública. (...).

Inarredável, portanto, desde esta concepção, [*supremacia do interesse público*] que subjaz ao direito administrativo um forte viés autoritário (sem dar ao termo, aqui, concepção pejorativa ou tampouco valorativa), traduzido na dependência ontológica de um Estado unificado, centralizado e detentor de um poder de tal forma consolidado e prevalecente que se faz necessário um conjunto de regras para limitá-lo.<sup>59</sup>

O segundo sustentáculo da cultura repressiva na Administração Pública consiste na compreensão da prerrogativa sancionatória como um *poder-dever* inescusável. Este aspecto se relaciona com a questão da inafastabilidade das prerrogativas públicas, já enfrentada neste trabalho, consistindo na inviabilidade de a autoridade estatal deixar de recorrer à sanção administrativa quando apurada a responsabilidade administrativa.

A imposição de *medidas aflitivas* àquele que incorreu em infração administrativa parece ser a finalidade da Administração Pública ao lidar com o descumprimento de comandos normativos de sua alçada. Reconhece-se, assim, a *demand repressiva* para evitar a cogitada “impunidade” daquele que incorreu em infração administrativa, tanto por parte da Administração Pública quanto, principalmente, dos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público. Segundo essa lógica, é temerária a ausência de exercício da prerrogativa sancionadora pela autoridade administrativa, pois, ao deixar de aplicar a sanção administrativa, o transgressor da ordem jurídica não

59. Floriano de Azevedo Marques Neto, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, cit., pp. 66-67 e 71.

receberia a contraprestação devida por seus atos de responsabilidade – qual seja: a sanção. Tem-se aqui o caráter retributivo da sanção cominada pelo Poder Público.

Por fim, o último fator a ser considerado para a existência da cultura repressiva na Administração Pública corresponde à valorização dos *efeitos da sanção administrativa*; mais especificamente, do efeito simbólico da sanção aplicada pelo Poder Público, que previne novas infrações administrativas. É evidente a *sanção administrativa* como reação do Poder Público às infrações administrativas em geral, resumindo a ação da Administração à resposta binária sancionar/não sancionar. Nessa medida, quanto mais restritiva for a intervenção administrativa, acredita-se ser proporcionalmente maior o efeito simbólico da sanção para prevenção de novas irregularidades pelo sancionado e pelos demais administrados, que sentiriam na repressão de seu par o poder de autoridade estatal.<sup>60</sup>

Da cultura repressiva percebida na Administração Pública, que resulta dos quatro fatores conjugados, duas ordens de consequências podem afetar a atuação administrativa consensual.

A primeira delas corresponde à *inutilização dos acordos substitutivos*. Embora exista autorização normativa para terminação consensual do processo sancionador, o Poder Público poderá adotar um comportamento de desprezo para com os mecanismos concertados, deixando de aplicá-los nos casos concretos quando cabíveis. Nessa toada, poderá deixar de regulamentar o correspondente acordo substitutivo e, assim, tornar mais difícil ou inviabilizar o manejo do instrumento consensual.

A segunda consequência à atuação administrativa consensual propiciada pela cultura repressiva consiste na *desnaturalização dos acordos substitutivos*. Verifica-se a desnaturalização dos acordos substituti-

60. Esse dado é facilmente recolhido do direito regulatório. Assiste-se na prática da fiscalização e do sancionamento pelas agências reguladoras à crescente aplicação de multas de expressivo valor aos regulados, o que suscita questionamentos sobre a dosimetria na aplicação de sanções, particularmente as multas, bem como sobre a proporcionalidade, que se relaciona diretamente à questão antecedente. Trata-se do tema mais em voga no atual direito regulatório sancionador. Como reação, assiste-se à edição de diversas normas sobre a dosimetria sancionatória, a exemplo da Resolução ANTT-390/2003, da Resolução ANEEL-63/2004 e da Resolução ANS-124/2006. Todavia, persistem discussões sobre a dosimetria das sanções aplicadas.



tivos nos casos em que o acordo administrativo tem sua funcionalidade originária afastada, para servir à repressão do compromissário ou de outras partes do processo administrativo sancionador. A desnaturalização é evidenciada pela distorção do acordo substitutivo, passando de meio de solução de conflitos a mecanismo de efetividade da atividade sancionatória estatal.

Para que a consensualidade seja efetivamente mecanismo de atuação administrativa hábil a satisfazer as finalidades públicas, é imprescindível que a cultura repressiva seja efetivamente superada no âmbito do Poder Público. Isso importa considerar que a atividade estatal em matéria sancionadora não é acima de tudo retributiva da infração apurada em processo sancionador, mas uma resposta afilativa do Estado no exercício de seu poder de autoridade. O fim da atuação administrativa, qualquer que seja sua natureza, é satisfazer as finalidades públicas a que esteja adstrita, e não impor medidas restritivas ao particular faltoso.

Trata-se de *deslocar o foco da atuação sancionatória* do sujeito do processo sancionador para o problema colocado no caso concreto, considerando que a resposta estatal *spot* integra um cenário mais amplo de política regulatória, de forma que as mais específicas respostas estatais compõem a disciplina dos setores. É reconhecer que a medida afilativa pode não ser a resposta mais adequada para disciplinar o problema colocado ou, ainda, não compassa com a política regulatória adotada pelos entes da Administração Pública. Tem-se aqui claro embate entre cultura repressiva e eficiência da atuação administrativa.

A *análise instrumental* dos mecanismos que o regime jurídico-administrativo coloca à disposição da Administração Pública para satisfazer as finalidades públicas ganha relevância no tema da consensualidade. Afastado o afã de reprimir as infrações administrativas, em investigação ou apuradas, é possível identificar a prerrogativa sancionadora como instrumental às finalidades públicas, e na busca da satisfação destas finalidades pode ser negociada, para viabilizar a atuação administrativa consensual. A análise instrumental parte, portanto, da premissa de que os institutos de direito administrativo são instrumentos condicionados a finalidades maiores e fungíveis entre si, ressalvados os casos de vinculação administrativa que obrigue o emprego de determinado meio. Em um contexto de governança pública, a escolha

entre a atuação sancionatória ou consensual concentra-se na avaliação dos efeitos que cada instrumento congrega no caso concreto.

Sobre a valorização dos efeitos da sanção administrativa, necessário indicar que o efeito simbólico da sanção, do qual decorre a prevenção de infrações administrativas, é relativo. O estudo do caso dos compromissos de cessação permitiu identificar sérios problemas com o recolhimento das multas aplicadas, em razão de um sistema de execução fiscal descompassado com as necessidades regulatórias, que pode ser estendido ao direito regulatório como um todo. O limitado atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo sanção determina que a cobrança da quantia pecuniária seja procedida não pelo sancionador – a Administração Pública –, mas pelas mãos do Judiciário. Somado à demora do processo de execução judicial, o almejado efeito preventivo pela aplicação da sanção não necessariamente se confirma.

Características institucionais do ente administrativo legitimado a impor as sanções administrativas e o desenho do processo sancionador – considerado em sentido amplo, abrangendo fiscalização, sancionamento e execução – terminam por questionar a eficácia da regulação por meio da coerção (o “porrete” – *big stick*). Com base em estudos empíricos sobre o *enforcement* da atuação administrativa sancionatória, uma linha do direito administrativo norte-americano defende que a regulação por incentivos, fundada na atividade de fomento estatal, pode ser mais efetiva que a regulação punitiva.<sup>61</sup> Embora a consensualidade não se confunda com a atividade de fomento estatal, há em comum a análise instrumental da atuação sancionatória e a conclusão de que em determinados casos outros mecanismos que não a sanção podem ser mais eficazes.

O dilema da cultura repressiva é comum à Administração Pública em geral, podendo obstaculizar substituições de sanções administrativas para adoção de fórmulas concertadas. Se é de inquestionável relevância a previsão de instrumentos consensuais adequados para garan-

61. Para inserção no tema, cf. John Brigham e Don W. Brown, “Introduction. Distinguishing penalties and incentives”, *Law and Policy Quarterly* 2/5-7, 1980 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 28.3.2009). Cf., ainda, George I. Balch, “The Stick, the Carrot and other strategies. A theoretical analysis of governmental intervention”, *Law and Policy Quarterly* 2/35 e ss., 1980 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 28.3.2009).



tir uma atuação administrativa consensual eficiente, negocial e alheia a capturas, também a superação da cultura repressiva assume importância primeira na afirmação da consensualidade como prática legítima para que o Poder Público busque as finalidades públicas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação administrativa consensual foi estudada sob três perspectivas de análise – analítica, normativa e empírica –, com especial enfoque sobre os acordos substitutivos no processo administrativo sancionador.

Depreendeu-se que o modelo de previsão da consensualidade no direito administrativo brasileiro é do tipo disperso, uma vez que a lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/1999) não possui permissivo genérico à atuação administrativa consensual, como se verifica nos sistemas italiano e espanhol. Os acordos administrativos encontram-se dispostos em variadas normas, adquirindo funcionalidades diversas conforme o setor a que estejam relacionados e o desenho que lhes seja conferido. A previsão dos acordos administrativos é especialmente salutar no âmbito das agências reguladoras, nas quais significativa parcela dispõe de atos normativos que disciplinam a regulação consensual, procedida por meio de pactos entre regulador e regulado.

Como resultado de uma gradativa abertura normativa à consensualidade, há hoje relativo número de acordos administrativos positivados, de forma que a atuação administrativa consensual não pode mais ser compreendida como um meio alternativo à atuação administrativa típica. A consensualidade consiste em efetivo meio de satisfação das finalidades públicas colocado à disposição da Administração Pública ao lado da tradicional forma de atuação administrativa por meio de atos imperativos e unilaterais. Nesse ponto, retomo a questão fundamental da pesquisa, de saber se há necessária relação entre prerrogativas públicas e atuação administrativa.

As prerrogativas públicas são instrumentais às finalidades públicas que a Administração tem por função satisfazer, podendo, portanto,



ter seu exercício negociado ou ser afastadas, para que tais finalidades possam ser alcançadas de forma mais eficiente no caso concreto. Ocorre que as prerrogativas públicas, como a prerrogativa sancionadora, consistem em ferramentas de trabalho da Administração para viabilizar ou otimizar a ação administrativa, estando, dessa forma, condicionadas ao fim de utilidade pública.

Com relação aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, considerados os mais expressivos óbices à atuação consensual, deve-se primeiramente salientar que ambos consistem em construções teóricas, desenvolvidas por juristas com o fim de conferir sistematização ao direito administrativo. Sem encontrarem respaldo normativo, mas servindo à legitimação do emprego da autoridade estatal pelo Poder Público, os princípios referidos não constituem impeditivos à atuação administrativa consensual. Ainda que se reconheça valor metodológico aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, os acordos administrativos podem ser entendidos como o interesse público do caso concreto, tendo em vista os potenciais efeitos positivos decorrentes da transação. A celebração de acordo administrativo não caracterizaria, assim, ofensa aos referidos princípios, mas a própria satisfação do interesse público.

A princípio, a atuação administrativa consensual pode envolver qualquer provimento administrativo, encerrando-se em uma questão de legalidade.

No tema da consensualidade, a celebração de acordos substitutivos requer a previsão da competência para transacionar em norma administrativa, e não necessariamente em lei formal, dado o dever da Administração Pública de se submeter à juridicidade para atender ao princípio da legalidade. Ademais, a depender do campo do direito público, a vinculação à juridicidade varia de compatibilidade a conformidade. A atuação administrativa consensual determina relação de compatibilidade, o que viabiliza a atipicidade do conteúdo dos instrumentos consensuais estabelecidos em normas, fator essencial para a aderência destes mecanismos consensuais às especificidades do caso concreto.

A horizontalidade das relações administrativas, que seria uma das marcas da consensualidade segundo a doutrina, também não se verifica na prática da atuação administrativa consensual. Se formalmente os acordos administrativos se estabelecem por meio do consentimento

mútuo estatal e privado, de modo que a aquiescência de cada parte é imprescindível à celebração do pacto, na prática evidencia-se uma negociação verticalizada na figura da autoridade pública, ao menos no caso estudado neste trabalho.

O fato é que a Administração Pública mantém o monopólio do exercício do poder de autoridade estatal, mais especificamente a prerrogativa sancionadora, podendo conduzir o processo sancionatório a empregá-la, se apurada a responsabilidade administrativa. O diferencial da prerrogativa sancionadora – ou seja, a constante ameaça da sanção – faz com que o privado se sujeite a determinadas cominações unilateralmente determinadas pela Administração, ainda que no bojo de um ato formalmente bilateral. Por essa razão, os primeiros compromissos de cessação firmados pela autoridade antitruste aproximam-se à figura do contrato de adesão.<sup>1</sup> No âmbito do plano normativo são previstos termos de compromisso que, apesar de remeterem à consensualidade, não podem ser considerados consensuais, por faltar o componente da discricionariedade.

Os acordos substitutivos possuem determinados efeitos indicados pela doutrina que podem levar à atuação administrativa consensual no caso concreto. A celebração de acordos tende a reduzir o tempo de processamento administrativo, com conseqüente diminuição dos custos relacionados, e restringe a judicialização da decisão administrativa, na medida em que decorre de convergência de vontades entre Poder Público e particular. Trata-se de efeitos institucionais e procedimentais. Todavia, a eficiência do provimento administrativo é pouco considerada na tomada de decisão sobre o meio de satisfação das finalidades públicas no caso concreto. No que tange à horizontalidade das relações administrativas, esta praticamente não se evidencia no campo prático, ante a baixa valorização da negociação das prerrogativas públicas.

Toda a pesquisa procedida para realização deste trabalho demonstra que a consensualidade não é mecanismo estranho ou inovador no direito administrativo brasileiro. Houve gradativa abertura

1. Apenas recentemente a negociação começa a receber maior atenção pelo CADE, levando a relevantes modificações, como a criação da Comissão de Negociação dos TCCs e a regulamentação mais minuciosa da negociação com a edição da Resolução CADE-51/2009.



normativa à consensualidade, e hoje o regime jurídico-administrativo conta com significativo número de instrumentos consensuais, ainda que concentrados nas atividades de autorização e sancionatória. Na seara acadêmica a atuação administrativa consensual também é explorada em estudos, embora a maior parte esteja limitada a pontuais aspectos, como investigação da natureza jurídica dos acordos administrativos e fatores que levaram à recepção da consensualidade. Em suma: não há necessário relacionamento entre prerrogativas públicas e desenvolvimento das atividades administrativas.

Também a pesquisa demonstra que a prática da atuação administrativa consensual ainda é limitada. Algumas justificativas podem ser apontadas, como a ausência de um permissivo genérico à Administração Pública Federal na lei de processo administrativo ou em documento normativo próprio, bem como uma possível disciplina inadequada dos acordos, por vezes excessivamente burocratizada e concentrada em mecanismos formais. No entanto, isso demandaria estudos empíricos próprios, que fogem ao objeto de investigação deste estudo. Com relação à atividade sancionatória, o principal entrave à celebração de acordos substitutivos corresponde à cultura repressiva que prevalece nas instituições administrativas.

Alertar para a cultura repressiva no aparato burocrático do Estado não significa proclamar a falência da sanção como mecanismo de ordenação administrativa. A sanção administrativa é um dos mais relevantes instrumentos de que dispõe a Administração Pública, pois, quando adequadamente manejada, afirma a autoridade estatal e previne novas infrações administrativas, em razão de seu efeito simbólico, dentre outros efeitos. Questiona-se a sanção como o fim da atuação administrativa, a repressão da impunidade como escopo da atividade administrativa. Somente com a consideração da sanção e do acordo substitutivo como mecanismos igualmente hábeis a disciplinar as atividades privadas, cada qual com suas peculiaridades, será possível afirmar a consensualidade no panorama do direito administrativo sancionador.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce, e STEWART, Richard. "Reforming environmental law". *Stanford Law Review* 37. 1984-1985 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).
- ADAMI, Mateus Piva. *A Discricionariedade Administrativa em Face do Princípio da Eficiência*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP no dia 13.12.2007.
- ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y Administración. Tres Estudios*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.
- . "Los actos administrativos consensuales en el Derecho Español". *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* 13. Belo Horizonte, Fórum, julho-setembro/2003.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. "Considerações sobre a 'regulação' no direito positivo brasileiro". *RDPE* 12. Belo Horizonte, Fórum, outubro-dezembro/2005.
- . *Contrato Administrativo*. São Paulo, Quartier Latin, 2012.
- . "Mecanismos de consenso no direito administrativo". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1978.
- . *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1979.
- ANDERSON, Lloyd. *Mocking the Public Interest: Congress Restores Meaningful Judicial Review of Government Antitrust Consent Decree*. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=899864](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899864) (acesso em 18.11.2008).
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. "A concepção pós-positivista do princípio da legalidade". *RDA* 236. Rio de Janeiro, Renovar, março-junho/2005.



- \_\_\_\_\_. "A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos". *RDE* 1. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/2006.
- \_\_\_\_\_. "A 'supremacia do interesse público' no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo". *RF* 387. Rio de Janeiro, Forense, setembro-outubro/2006.
- \_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. "O princípio da eficiência". *RBDP* 4. Belo Horizonte, Fórum, janeiro-fevereiro/2004.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de, e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Da Convalidação do Ato Administrativo Ilegítimo*. São Paulo, Ed. do Autor, 1993.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. "Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa". *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 4. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, outubro-dezembro/2005 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 10.12.2010).
- \_\_\_\_\_. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'". *RTDP* 24. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- BADIN, Arthur Sanchez. "A judicialização do processo por infração à ordem econômica – Anais do Seminário *O Judiciário na Defesa da Concorrência*". *Revista do IBRAC* 14. N. 3. São Paulo, IBRAC, 2007.
- BALCH, George I. "The Stick, the Carrot and other strategies. A theoretical analysis of governmental intervention". *Law and Policy Quarterly* 2. 1980 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 28.3.2009).
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo, Ed. RT, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 11ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. RT, 1980.

- \_\_\_\_\_. "O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico". *RDP* 2/44-61. São Paulo, Ed. RT, out./dez. 1967.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BATISTA JR., Onofre Alves. *Transações Administrativas. Um Contributo ao Estudo do Contrato Administrativo como Mecanismo de Prevenção e Terminação de Litígios e como Alternativa à Atuação Administrativa Autoritária, no Contexto de uma Administração Pública Mais Democrática*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- BENVENUTI, Feliciano. *Appunti di Diritto Amministrativo*. 5ª ed. Pádua, CEDAM, 1987.
- BINENBOJM, Gustavo. "Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil". In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. "As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição". *RDA* 241. Rio de Janeiro, Renovar, julho-setembro/2005.
- \_\_\_\_\_. "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo". *RDA* 239. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/2006.
- \_\_\_\_\_. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito*. Barueri/SP, Manole, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política*. 13ª ed. São Paulo, Paz e Terra, 2007.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13ª ed., vols. I e II. Brasília, UnB, 2007.
- BORGES, Alice Gonzalez. "Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?". *RDE* 3. Rio de Janeiro, Renovar, julho-setembro/2006.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. São Paulo, Ed. 34, 2002.
- BRIGHAM, John, e BROWN, Don W. "Introduction. Distinguishing penalties and incentives". *Law and Policy Quarterly* 2. 1980 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 28.3.2009).
- BROWN, Don W., e BRIGHAM, John. "Introduction. Distinguishing penalties and incentives". *Law and Policy Quarterly* 2. 1980 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 28.3.2009).



- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Saraiva, 2006.
- CÂMARA, Jacintho Arruda, e SUNDFELD, Carlos Ari. "Acordos substitutivos nas sanções regulatórias". *RDPE* 34. Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2011.
- . "Os helipontos e o direito de construir na vizinhança". *RBDP* 1. Belo Horizonte, Fórum, 2003.
- . "O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta". *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional* 32. Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2008.
- CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, e SANTOS, Márcia Walquíria dos (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. vol. I. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- CARLYLE, T. "Flexibility and finality in antitrust consent decrees". *Harvard Law Review* 80. Abril/1966 (disponível em <http://www.jstor.org/stable/1339279>, acesso em 18.11.2008).
- CARVALHO JR., Clóvis de. *Mérito do Ato Administrativo*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP, 1978.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 6ª ed., vol. I. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- . *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.
- . *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.
- CASSESE, Sabino. "As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI". *Interesse Público* 24. Belo Horizonte, Fórum, 2004.
- . *La Crisis del Estado*. Trad. De Pascual Caiella e Juan González Moras. Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003.
- . *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madri, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- (coord.). *Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale*. 2ª ed. Milão, Giuffrè, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. "A governança e o Direito". *RDPE* 12. Belo Horizonte, Fórum, outubro-dezembro/2005.
- . *L'État de Droit*. Paris, Montchrestien, 1992.
- COGNETTI, Stefano. "Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1. Milão, Giuffrè, 1990.
- COLOMBO, Daniel, PALMA, Juliana, e WANG, Daniel Wei Liang. "Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência

- brasileira". In: SCHAPIRO, Mário Gomes (org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo, Saraiva, 2010.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Ambiental, Direito Penal e Direito Administrativo*. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP no dia 12.4.2007.
- COUTO E SILVA, Almiro do. "Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo". *RDP* 84. São Paulo, Ed. RT, 1987.
- CRETELLA JR., José. "As cláusulas 'de privilégio' nos contratos administrativos". *RDA* 161. Rio de Janeiro, Renovar, julho-setembro/1985.
- . *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- . *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- . *Do Ato Administrativo*. São Paulo, José Bushatsky, 1972.
- . *Dos Atos Administrativos Especiais*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- . "Negócio jurídico administrativo". *RDA* 164. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/1986.
- . "Prerrogativas e sujeições da Administração Pública". *RDA* 103. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/1971.
- CRUSCIANO, Dalton Tria, e FERRARI, Eduardo Reale. "A multa administrativa antitruste e sua natureza de confisco pessoal". *Revista do IBRAC* 16. N. 1. São Paulo, IBRAC, 2009.
- DALLARI, Adilson Abreu. "Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública". *RDPE* 9. Belo Horizonte, Fórum, janeiro-março/2005.
- . "Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas". *RTDP* 24. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- . "Viabilidade da transação entre o Poder Público e particular". *RTDP* 36. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma*. Milão, Giuffrè, 1992.
- DAMONTE, Roberto. *Atti, Accordi, Convenzioni nella Giustizia Amministrativa*. Pádua, CEDAM, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo, Atlas, 2009; 19ª ed. São Paulo, Atlas, 2006.



- \_\_\_\_\_. "O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo". *RTDP* 48. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_. "Participação popular na Administração Pública". *RDA* 191. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/1993.
- \_\_\_\_\_. "500 anos de direito administrativo brasileiro". *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 5. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, janeiro-março/2006 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 5.10.2007).
- DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Omeba, 1963.
- DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa. A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória*. Coimbra, Livraria Almedina, 2006.
- DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*. São Paulo, Singular, 2009.
- EISENMANN, Charles. "O direito administrativo e o princípio da legalidade". *RDA* 56. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/1959.
- EIZIRIK, Nelson, GAAL, Ariádna B., HENRIQUES, Marcus de Freitas, e PARENTE, Flávia. *Mercado de Capitais. Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- ENTERRÍA, Eduardo García de, e FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 9ª ed., vol. II. Madri, Civitas, 2004.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. vol. II. Buenos Aires, Depalma, 1990.
- ESTEVES, Maurício Cramer. "Da possibilidade e dos limites da transação em processos judiciais por parte do Poder Público municipal". *Interesse Público* 38. Belo Horizonte, Fórum, julho-agosto/2006.
- ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra, Livraria Almedina, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed., 4ª tir. (continuação de tiragem). São Paulo, Malheiros Editores, 2007.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX: os Enunciados de Léon Duguit e de Maurice Hauriou*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. "Acordos administrativos e judiciais". *Fórum Administrativo* 59. Belo Horizonte, Fórum, janeiro/2006.

- FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de Ajuste de Conduta Ambiental. Fundamentos, Natureza Jurídica, Limites e Controle Jurisdicional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón, e ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de Derecho Administrativo*. 9ª ed., vol. II. Madri, Civitas, 2004.
- FERRARI, Eduardo Reale. "Termos de compromisso de cessação (TCC) e seus reflexos no crime de cartel". *Boletim IBCCrim* 190. 2008.
- FERRARI, Eduardo Reale, e CRUSCIANO, Dalton Tria. "A multa administrativa antitruste e sua natureza de confisco pessoal". *Revista do IBRAC* 16. N. 1. São Paulo, IBRAC, 2009.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
- \_\_\_\_\_. "Instrumentos da administração consensual. A audiência pública e sua finalidade". *RDA* 230. Rio de Janeiro, Renovar, outubro-dezembro/2002.
- FISS, Owen M. "Against settlement". *Yale Law Journal* 93. Maio/1984 (disponível em <http://www.jstor.org/stable/796205>, acesso em 18.11.2008).
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Madri, Labor, 1933.
- FRACCHIA, Fabrizio. *L'Accordo Sostitutivo - Studio sul Consenso Disciplinato dal Diritto Amministrativo in Funzione Sostitutiva Respecto agli Strumenti Unilaterali i Esercizio del Potere*. Pádua, CEDAM, 1998.
- FRAGOLA, Umberto. *Le Situazioni Giuridiche nel Diritto Amministrativo*. Nápoles, Jovene, 1939.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. "Do poder administrativo, o poder entre poderes". *RDA* 119. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/1975.
- FREEMAN, Jody. "Collaborative governance in the Administrative State". *University of California Law Review* 45 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).
- \_\_\_\_\_. "The private role in public governance". *New York University Law Review* 75. 2000 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. "Definição do direito da regulação econômica". *RDPE* 9. Belo Horizonte, Fórum, janeiro-março/2005.
- GAAL, Ariádna B., EIZIRIK, Nelson, HENRIQUES, Marcus de Freitas, e PARENTE, Flávia. *Mercado de Capitais. Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. 11ª ed., vol. I. Madri, Tecnos, 1989.



- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.
- GELLHORN, Ernest, e LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process in a Nutshell*. 4ª ed. St. Paul, West Publishing, 1997.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 3ª ed., vol. I. Milão, Giuffrè, 1993.
- . *El Poder Público. Estados y Administraciones Públicas*. Trad. de Luis Ortega. Madri, Civitas, 1991.
- GILBERTO, André Marques. *O Processo Sancionador Antitruste*. Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP no dia 18.3.2009.
- GIUFFRÈ, Felice. “Declínio del Parlamento-legislature e crescita del potere de inchiesta”. In: LABRIOLA, Silvano (coord.). *Le Autorità Indipendenti: da Fattori Evolutivi ad Elementi della Transizione nel Diritto Pubblico Italiano*. Milão, Giuffrè, 1999.
- GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. “Arbitragem e contrato administrativo”. *RTDP* 32. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
- GRAUSO, Pierpaolo. *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*. Milão, Giuffrè, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência”. *Revista do IBRAC* 16. N. 1. São Paulo, IBRAC, 2009.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “A participação popular e a consensualidade na Administração Pública”. *RTDP* 35. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Atos Administrativos Inexistentes*. São Paulo, Ed. RT, 1980.
- GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- (coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (*ius variandi*) no âmbito das concessões de serviços públicos”. *RDA* 219. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/2000.
- HARTER, Philip J. “Negotiating regulations: a cure for malaise”. *Georgetown Law Journal* 71. 1982-1983 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).

- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*. 11ª ed. Bordeaux, Imprimerie Cadout, 1927.
- . *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. 2ª ed. Paris, L. Larose & Forcel, 1893.
- . *Principes de Droit Public*. 2ª ed. Paris, Sirey, 1916.
- HENRIQUES, Marcus de Freitas, EIZIRIK, Nelson, GAAL, Ariádna B., e PARENTE, Flávia. *Mercado de Capitais. Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. Turim, G. Giappichelli Editore, 2000.
- . “Il negozio come strumento di azione amministrativa”. In *Autorità e consenso nell’attività amministrativa (Atti del 47º Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione, promosso da Amministrazione provinciale di Como, Amministrazione provinciale di Lecco), Istituzione Villa Monastero, Varenna, 2001*, pp. 79-80.
- ISENBERGH, Maxwell S., e RUBIN, Seymour J. “Antitrust enforcement through consent decrees”. *Harvard Law Review* 53. Janeiro/1940 (disponível em <http://www.jstor.org/stable/1333475>, acesso em 18.11.2008).
- JAMBRENGHI, M. T. Paola Caputi. *Studi sull’Autoritarità nella Funzione Amministrativa*. Milão, Giuffrè, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. “Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo”. *RTDP* 26. São Paulo, Malheiros Editores, 1999.
- . *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.
- . “O direito administrativo de espetáculo”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- KATZ, Milton. “The consent decree in antitrust administration”. *Harvard Law Review* 53. Janeiro/1940 (disponível em <http://www.jstor.org/stable/1333476>, acesso em 18.11.2008).
- LABRIOLA, Silvano (coord.). *Le Autorità Indipendenti: da Fattori Evolutivi ad Elementi della Transizione nel Diritto Pubblico Italiano*. Milão, Giuffrè, 1999.
- LEAL, Rogério Gesta. “Considerações preliminares sobre o direito administrativo brasileiro contemporâneo e seus pressupostos informativos”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 11. Belo Horizonte, Fórum, janeiro-março/2003.



- . “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).
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- LEVIN, Ronald M., e GELLHORN, Ernest. *Administrative Law and Process in a Nutshell*. 4ª ed. St. Paul, West Publishing, 1997.
- LIMA, Gabriel de Araújo. “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.
- LLOVET, Tomás Font. “Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España”. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- LOBÃO, Carla. “Compromisso de cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto”. *Revista do IBRAC* 8. N. 8. São Paulo, IBRAC, 2002.
- LOBEL, Orly. “The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought”. *Minnesota Law Review* 89. 2004-2005 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. “O caso *White Martins* e a questão da imposição de multas no direito antitruste brasileiro”. *RDPE* 5. Belo Horizonte, Fórum, janeiro-março/2004.
- . *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2007.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. I. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte, Fórum, 2005.
- . “Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica”. *RDA* 221. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- . “Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil”. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado* 1. Salvador, Instituto de Direito

- Público da Bahia, março/2005 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 5.10.2009).
- . “Discrecionabilidade administrativa e controle judicial da Administração”. *Fórum Administrativo: Direito Público* 2. N. 14. Belo Horizonte, abril/2002 (disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/44942>, acesso em 8.2.2012).
- . “Discrecionabilidade e regulação setorial – O caso do controle de atos de concentração por regulador setorial”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- . “Do contrato administrativo à administração contratual”. *Revista do Advogado* 107. São Paulo, AASP, dezembro/2009.
- . “Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* 4. Salvador, novembro-janeiro/2005-2006.
- . “Mediação e arbitragem no setor de telecomunicações”. *Interesse Público* 37. Porto Alegre, Notadez, maio-junho/2006.
- . *O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Função Social e Exploração Econômica dos Bens Públicos*. Tese de Livre-Docência defendida na USP em outubro/2008.
- . *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, e ARAGÃO, Alexandre Santos de (coords.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, e CYMBALISTA, Tatiana Matiello. “Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção”. *RBDP* 31. Belo Horizonte, Fórum, outubro-dezembro/2010.
- MARTINS, Pedro A. “Arbitrabilidade Objetiva. Interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública”. *Interesse Público* 50. Belo Horizonte, Fórum, julho-agosto/2008.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. RT.
- MATTARELLA, Bernardo Giorgio. “Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 4. Milão, Giuffrè, 2006.
- . “L’attività”. In: CASSESE, Sabino (coord.). *Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale*. 2ª ed. Milão, Giuffrè, 2003.
- MATTEUCCI, Nicola, BOBBIO, Norberto, e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13ª ed. vols. I e II. Brasília, UnB, 2007.



- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. "Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro". *RDPE* 12. Belo Horizonte, Fórum, 2003.
- . *O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade*. São Paulo, Singular, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- . "Administração Pública: do ato ao processo". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- . *Da Retroatividade do Ato Administrativo*. São Paulo, Max Limonad, 1978.
- . *Direito Administrativo Moderno*. 12ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2008.
- . *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2003.
- . "O florescimento de novas figuras contratuais". *Revista do Advogado* 197. São Paulo, AASP, dezembro/2009.
- MEDEIROS, Suzana Domingues. "Arbitragem envolvendo o Estado no Direito Brasileiro". *RDA* 233. Rio de Janeiro, Renovar, julho-setembro/2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- . "O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional". *RDA* 125. Rio de Janeiro, Renovar, julho-setembro/1976.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. As Sanções Administrativas à Luz da Constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.
- MODESTO, Paulo. "Participação popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização". *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 2. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, abril-junho/2005 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 10.1.2010).
- MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. "Princípio da legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública". *RDPE* 20. Belo Horizonte, Fórum, outubro-dezembro/2007.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. "Poder Público, serviço público: crise e conciliação". *RDE* 4. Rio de Janeiro, Renovar, outubro-dezembro/2006.
- MOREIRA, Egon Bockmann. "Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a elaboração processual de normas". *RDPE* 2. Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2003.

- . "Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas". In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.
- MOREIRA, Vital. *Autorregulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Audiências públicas". *RDA* 210. Rio de Janeiro, Renovar, outubro-dezembro/1997.
- . *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- . "Mutações do direito administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações)". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 2. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, junho-agosto/2005 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 5.10.2007).
- . "Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – O caso brasileiro". *RBDP* 3. Belo Horizonte, Fórum, 2001.
- . "Novos institutos consensuais da ação administrativa". *RDA* 231. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/2003.
- . "O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos". In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.). *Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- . "O Pós-Modernismo e o direito público". *RDE* 6. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/2007.
- . "Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual". *RDE* 1. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro-março/2006.
- . *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade, Finalidade, Eficiências, Resultados*. Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- (coord.). *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- MUÑOZ, Guillermo Andrés, e SUNDFELD, Carlos Ari (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.
- NICOSIA, Fabio Massimo. *Potere ed Eccesso di Potere nell'Attività Amministrativa Non Discrezionale*. Nápoles, Jovene, 1991.
- NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madri, Tecnos, 1993.



NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.). *Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. "O poder do Estado e o exercício da polícia administrativa". *RTDP* 29. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *O Contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira*. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP no dia 5.5.2005.

\_\_\_\_\_. "A arbitragem e as parcerias público-privadas". *RDA* 241. Rio de Janeiro, Renovar, julho-setembro/2005.

\_\_\_\_\_. "Participação administrativa". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 3. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, setembro-novembro/2005 (disponível em <http://direitodoestado.com.br>, acesso em 10.1.2010).

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, e SCHWANKA, Cristiane. "A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação". *RDE* 10. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1980.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 2005.

\_\_\_\_\_. "Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?". *RDA* 220. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/2000.

\_\_\_\_\_. "O conceito de sanção administrativa no Direito Brasileiro". In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra, Livraria Almedina, 2003.

OVIDEO, Carlos García. *Derecho Administrativo*. 3ª ed. Madri, E.I.S.A., 1951.

PACHECO, Regina. "O modelo de agências reguladoras no Brasil". *Revista de Administração Pública* 40. N. 4. São Paulo, FGV, julho-agosto/2006.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. "Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da ANATEL". *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* 8. Belo Horizonte, Fórum, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de, COLOMBO, Daniel, e WANG, Daniel Wei Liang. "Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira". In: SCHAPIRO, Mário Gomes (org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo, Saraiva, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de, e SCHIRATO, Vitor Rhein. "Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito". *RBDP* 27. Belo Horizonte, Fórum, outubro-dezembro/2009.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I – Parte General*. 15ª ed. Madri, Marcial Pons, 2004.

PARENTE, Flávia, EIZIRIK, Nelson, GAAL, Ariádna B., e HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais. Regime Jurídico*. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

PASQUINO, Gianfranco, BOBBIO, Norberto, e MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. 13ª ed. vols. I e II. Brasília, UnB, 2007.

PONDÉ, Lafayette. "A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo". *RDA* 196. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/1994.

PORFÍRIO JR., Nelson de Freitas. *Acordos Ambientais*. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP no dia 6.5.2005.

PRADO, Lucas Navarro, e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômico-Jurídicos*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra, Livraria Almedina, 2005.

PROSSER, Tony. "Towards a critical public law". *Journal of Law and Society* 9. N. 1. 1982.

PUIG, Manuel Rebollo. "El derecho administrativo sancionador". In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em Homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes, CARDOZO, José Eduardo Martins, e SANTOS, Márcia Walquíria dos (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. vol. I. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

RANELLETTI, Oreste. *Principii di Diritto Amministrativo*. vol. I. Nápoles, Luigi Pierro, 1912.

REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo: Contribuição ao Estudo das Figuras que Integram o Instituto da Revisão dos Atos Administrativos pela Própria Administração*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.



- RIBEIRO, Maurício Portugal, e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPPs – Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômico-Jurídicos*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.
- RUBIN, Seymour J., e ISENBERGH, Maxwell S. “Antitrust enforcement through consent decrees”. *Harvard Law Review* 53. Janeiro/1940 (disponível em <http://www.jstor.org/stable/1333475>, acesso em 18.11.2008).
- SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.
- . *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
- SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo, Best Seller, 1999.
- SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 9ª ed. Nápoles, Jovene, 1966.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. 2ª ed., vol. II. Madri, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.
- SANTOS, André Luiz Lopes dos, e CARAÇATO, Gilson. “A consensualidade e os canais de democratização da Administração Pública”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, e SANTOS, Márcia Walquíria dos (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. vol. I. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- SANTOS, Márcia Walquíria dos, CARDOZO, José Eduardo Martins, e QUEIROZ, João Eduardo Lopes (orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. vol. I. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- SCHAPIRO, Mário Gomes (org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo, Saraiva, 2010.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. “Legitimidade processual e tipos de processo administrativo”. *Interesse Público* 62. Belo Horizonte, Fórum, julho-agosto/2010.
- SCHIRATO, Vitor Rhein, e PALMA, Juliana Bonacorsi de. “Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito”. *RBDP* 27. Belo Horizonte, Fórum, outubro-dezembro/2009.
- SCHWANKA, Cristiane, e OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação”. *RDE* 10. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/2008.
- SCOCA, Franco Gaetano. “Autorità e consenso”. In: *Autorità e Consenso nell'Attività Amministrativa*. Milão, Giuffrè, 2002.

- SEABRA FAGUNDES, M. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- SILVA, Manuel Vasco Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra, Livraria Almedina, 2006.
- . *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*. Coimbra, Livraria Almedina, 2005.
- SHAPIRO, David L. “The choice of rulemaking or adjudication in the development of administrative policy”. *Harvard Law Review* 78. 1964-1965 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).
- SOLOMON, Jason M. “Law and governance in the 21<sup>st</sup> century Regulatory State”. *University of Georgia School of Law Research Paper Series* 8. 2008 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).
- SOUZA, Carlos Alberto Sobral de. “Da transação e da indisponibilidade do interesse público”. *Fórum Administrativo* 8. Belo Horizonte, Fórum, outubro/2001.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos – Negociação, Mediação e Conciliação na Esfera Administrativa e Judicial*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- STOPPINO, Mário. “Autoridade”. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13ª ed., vol. I. Brasília, UnB, 2007.
- STEWART, Richard, e ACKERMAN, Bruce. “Reforming environmental law”. *Stanford Law Review* 37. 1984-1985 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).
- SUNDFELD, Carlos Ari. “A defesa nas sanções administrativas”. *RF* 298. Rio de Janeiro, Forense, abril-junho/1987.
- . “A ordem dos publicistas”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 1. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, janeiro/2004 (disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acesso em 5.10.2007).
- . *Ato Administrativo Inválido*. São Paulo, Ed. RT, 1990.
- . “Conversando sobre direito administrativo”. In: *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012 (pp. 19-48).
- . *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- . *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- . *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed., 4ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.
- . “Guia jurídico das parcerias público-privadas”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.



- \_\_\_\_\_. "Introdução às agências reguladoras". In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- \_\_\_\_\_. "O direito administrativo entre os cliques e os negócios". *RDPE* 18. Ano 5. Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2007.
- \_\_\_\_\_. "Princípio é preguiça?". In: *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo, Malheiros Editores, 2012 (pp. 60-84).
- \_\_\_\_\_. "Processo e procedimento administrativo no Brasil". In: SUNDFELD, Carlos Ari, e MUÑOZ, Guillermo Andrés (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.
- \_\_\_\_\_. (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Parcerias Público-Privadas*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari, e CÂMARA, Jacintho Arruda. "Acordos substitutivos nas sanções regulatórias". *RDPE* 34. Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2011.
- \_\_\_\_\_, e \_\_\_\_\_. "O devido processo administrativo na execução de termo de ajustamento de conduta". *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional* 32. Belo Horizonte, Fórum, abril-junho/2008.
- \_\_\_\_\_, e \_\_\_\_\_. "Os helipontos e o direito de construir na vizinhança". *RBDP* 1. Belo Horizonte, Fórum, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari, e MUÑOZ, Guillermo Andrés (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.
- TÁCITO, Caio. "Composição da atividade administrativa". *RDA* 228. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/2002.
- \_\_\_\_\_. "Direito administrativo participativo". *RDA* 242. Rio de Janeiro, Renovar, outubro-dezembro/2005.
- \_\_\_\_\_. "Perspectiva do direito administrativo no próximo milênio". *RDA* 212. Rio de Janeiro, Renovar, abril-junho/1998.
- TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. São Paulo, UNIMEP, 2005.
- \_\_\_\_\_. "Substantive and reflexive elements in Modern Law". *Law & Society Review* 17. 1983 (disponível em <http://jstor.org/stable/3053348>, acesso em 18.11.2008).
- TOURINHO, Rita. "O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento". *Fórum Administrativo* 30. Belo Horizonte, Fórum, agosto/2003.

- TRUBEK, David, e TRUBEK, Louise. "New governance & legal regulation: complementarity, rivalry, and transformation". *University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series* 1.047. 2007 (disponível em <http://www.heinonline.org>, acesso em 14.7.2009).
- TURRA, Leonardo Canabrava. "Do compromisso de cessação de prática no sistema brasileiro de defesa da concorrência: considerações sobre sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela Administração Pública e questões de direito intertemporal". *Revista do IBRAC* 13. São Paulo, IBRAC, 2006.
- VASTA, Stefania. *La Revoca degli Atti Amministrativi Consensuali*. Parma, Università di Parma, 2004.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "A arbitragem no contexto constitucional brasileiro". *RTDP* 36. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
- VERA, José Bermejo. "La potestad sancionadora de la Administración". In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em Homenagem a Eduardo Garcia de Enterría*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. "Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- WANG Daniel Wei Liang. *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.
- \_\_\_\_\_, COLOMBO, Daniel, e PALMA, Juliana. "Revisão judicial dos atos das agências reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira". In: SCHAPIRO, Mário Gomes (org.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo, Saraiva, 2010.

\* \* \*



**OUTRAS OBRAS  
DESTA EDITORA**

*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*  
(8ª ed., 2ª tir., 2015) – JOSÉ AFONSO DA SILVA

*Direito e Democracia – Um Guia de Leitura de  
Habermas* (2008) – MARCOS NOBRE  
e RICARDO TERRA (Orgs.)

*O Direito Posto e o Direito Pressuposto*  
(9ª ed., 2014) – EROS ROBERTO GRAU

*Fundamentos do Estado de Direito*  
(Em Homenagem a Almiro do Couto e Silva)  
(2005) – HUMBERTO ÁVILA (Org.)

*Hermenêutica e Interpretação Constitucional*  
(4ª ed., 2014) – CELSO RIBEIRO BASTOS

*Novo Manual de Ciência Política* (2ª ed., 2013)  
– AGASSIZ ALMEIDA FILHO  
e VINÍCIUS SOARES DE CAMPOS BARROS (Orgs.)

*Por que Tenho Medo dos Juízes (A Interpretação/  
Aplicação do Direito e os Princípios)*  
(6ª ed., 2ª tir., 2014) – EROS ROBERTO GRAU

*Teoria dos Direitos Fundamentais*  
(2ª ed., 4ª tir., 2015) – ROBERT ALEXY

*Teoria da Incidência da Norma Jurídica*  
(2ª ed., 2009) – ADRIANO SOARES DA COSTA

*Teoria da Norma Jurídica*  
(6ª ed., 2006) – ARNALDO VASCONCELLOS

*Teoria da Segurança Jurídica* (3ª ed., 2014)  
– HUMBERTO ÁVILA

*Teoria dos Princípios* (15ª ed., 2014)  
– HUMBERTO ÁVILA

00137

**GRÁFICA PAYM**  
Tel. [11] 4392-3344  
paym@graficapaym.com.br

