

2. Devido Processo Legal na Consensualidade Administrativa^{1*}

JULIANA BONACORSI DE PALMA^{2**}

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Acordos de adesão e o “efeito de torção de braço”: onde está a consensualidade administrativa? – III. Dever de paridade na negociação dos acordos administrativos – IV. O devido processo legal na celebração de acordos administrativos – V. Provocação final: pelo fim da cultura da exorbitância.

I. Introdução

As recentes normativas sobre acordos administrativos têm uma pauta bastante restrita de disciplina legal. Analisando-se os diplomas normativos que instrumentalizam a consensualidade na Administração Pública, constatamos que os mesmos aspectos são objeto de disciplina normativa.

Primeiramente, as normas expressamente autorizam o Poder Público a transigir. Diante do quadro de desconfiança da instância controladora à celebração de acordos administrativos, assim como certa parcela da doutrina que evidencia na consensualidade a disponibilidade do interesse público, é de primeira ordem a previsão expressa de que aquele específico ente administrativo encontra-se autorizado a celebrar acordos com o próprio Poder Público ou particulares. Trata-se de uma medida que reveste de segurança jurídica a opção pela via consensual em detrimento da atividade administrativa unilateral e imperativa.

Também as normativas especificam o tipo de acordo administrativo de que versam. Ante a ausência de uma disciplina geral da consensualidade, as

1 * Agradeço ao Professor Vitor Rhein Schirato pelo convite para participar desta obra coletiva em conjunto com grandes amigos e alunos brilhantes. É sempre uma imensa satisfação ter o privilégio de debater as minhas reflexões sobre a consensualidade em foro de discussão tão sofisticado como o presente.

2 ** Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da USP. *Master of Laws* pela Yale Law School. Professora e pesquisadora da FGV Direito SP, da FGV Direito SP – GVLaw e da USJT.

normas sobre consensualidade cumprem o relevante papel de não apenas intitular o instrumento consensual, mas também fixar a sua finalidade. É saber: para que serve este específico acordo administrativo? São as normas, em sua maioria regulamentares, que determinam a funcionalidade dos acordos administrativos, ou seja, os seus efeitos jurídicos. Por essa razão evidenciaremos nomes tão discrepantes para a mesma figura jurídica. A depender do setor regulado ou do ente administrativos em questão, um acordo substitutivo pode ser chamado de termo de ajustamento de conduta, termo de compromisso, termo de compromisso de cessação, termo de compromisso de ajustamento de conduta, dentre outras denominações. Na mesma toada, os efeitos jurídicos decorrentes da celebração do acordo são diversos. Ainda no exemplo dos acordos substitutivos, seu aperfeiçoamento pode determinar a suspensão da sanção, a substituição do processo administrativo ao qual se relaciona ou mesmo impedir a instauração de processo administrativo. Tudo dependerá, por certo, da disciplina normativa.

Alguns diplomas normativos mais detalhistas ainda prevêm os sujeitos que podem celebrar os acordos – os *interessados* –, certos impeditivos à celebração de acordos e outros elementos adicionais ao pacto, como o dever de recolhimento de quantia ou os aspectos que devem ser observados para que as obrigações sejam consideradas plenamente satisfeitas. Pouca ou nenhuma disciplina jurídica mais específica é destinada à *fase de negociação*.

Como se sabe, os acordos administrativos têm uma dinâmica de aperfeiçoamento marcadamente bilateral, aperfeiçoando-se mediante convergência de vontades entre os celebrantes sobre as cláusulas que, uma vez cumpridas, determinam a terminação consensual do processo administrativo. É a fase de negociação fundamental, portanto, ao bom desenho dos acordos e adequada satisfação das finalidades específicas às quais se dirige. Contudo, ainda que relevante, a negociação tende a não receber o tratamento jurídico à altura. Consequentemente, o Poder Público termina por manter-se em posição de supremacia na medida em que faz uso de suas prerrogativas para maximizar seus benefícios com os acordos. Na prática, evidenciamos *acordos unilaterais* celebrados com o particular em relações marcadamente verticalizadas, cujo contraditório é praticamente inexistente.

O presente artigo analisa este problema e reafirmar o dever de observância do devido processo legal e do contraditório na celebração dos acordos administra-

tivos³. Do contrário, a celebração perderá um instrumento para não entrar em desuso, sua finalidade, seja em razão

II. Acordos de substituição está a consensualidade

Uma realidade próxima aos contratos

A consensualidade, com Poder de igualdade, para as finalidades públicas dos administrativos, apresenta em geral, bastando o recolhimento, para se colocar. A proposta é aquela apresentada administrativamente, opção do particular, dentro da margem de

3 O foco do presente artigo é uma análise da obra de Jacintho Arruda

4 A terminologia utilizada nas semelhanças são também com os acordos unilaterais a figura do contrato aprovados pelos serviços, sem que

tivos³. Do contrário, tanto a consensualidade pode se desnaturar e a Administração perder um instrumento alternativo à via de ação típica, quanto o instrumento entrar em desuso, seja porque o particular deixa de se interessar pela consensualidade, seja em razão do aumento extraordinário dos custos de transação.

II. Acordos de adesão e o “efeito de torção de braço”: onde está a consensualidade administrativa?

Uma realidade precisa ser noticiada: *os acordos administrativos estão menos próximos aos contratos e mais próximos às regras.*

A consensualidade pressupõe a horizontalidade das relações administrativas, com Poder Público e particulares trabalhando conjuntamente, e em pé de igualdade, para o desenho de um acordo que satisfaça mais plenamente as finalidades públicas específicas. Isso não é verdade na maior parte dos acordos administrativos. Não raro inexistente a negociação. O agente público simplesmente apresenta uma proposta de acordo pronta e definitiva. Esta proposta é, em geral, bastante desfavorável ao particular, com cláusulas que determinam o recolhimento de alto valor ou a imposição de obrigações que apenas validamente se colocariam mediante determinação normativa, o que não é o caso. A proposta é apresentada nos termos *take it or leave it*: ou assina o acordo, tal qual apresentado e definido unilateralmente pelo Poder Público, ou o processo administrativo será instaurado ou continuará em curso. A única margem de opção do particular neste caso concreto é assinar ou não assinar. Qualquer outra margem de negociação lhe é facultada. Tem-se, assim, os *acordos de adesão*⁴.

3 O foco do presente artigo corresponde ao momento da celebração do acordo, e não quanto à sua execução. Para uma análise da aplicação do devido processo legal à execução de acordo administrativo, cf. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, *O Devido Processo Administrativo na Execução de Termo de Ajustamento de Conduta*, 2008.

4 A terminologia “acordo de adesão” foi delimitada a partir do instituto do “contrato de adesão”, cujas similitudes são notáveis. A despeito de o contrato ser a convergência de vontade, como se verifica também com o acordo, o contrato de adesão tem em si a nota da unilateralidade, assim como os acordos unilaterais. Por esta razão do Código de Defesa do Consumidor ter trabalhado detidamente a figura do contrato de adesão em seu art. 54: “*contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*”.

Ao menos três cenários operacionais podem ser extraídos da prática da consensualidade administrativa: (i) os acordos de adesão pela iminência da responsabilização na esfera administrativa; (ii) os acordos de adesão pela decisão inabalável do particular em pactuar; e (iii) os acordos de adesão pela necessidade de autorização ou licença para início de atividades privadas.

Cenário 1 – Os acordos de adesão pela iminência da responsabilização na esfera administrativa

Em geral os acordos de adesão são ofertados pelo Poder Público nos setores em que a autoridade estatal é inquestionável e eficiente, seja em termos de aplicação de sanções, seja em termos de execução dessas sanções. Outro caso é a ocorrência de acordos de adesão nos casos que a Administração Pública já formou sua convicção sobre a responsabilização administrativa, ou seja, a Administração já considera o particular infrator. Em ambas as situações, é a iminência da responsabilização na esfera administrativa que leva o Poder Público a apresentar acordos de adesão. A capacidade institucional do ente público ou a instrução processual termina por colocar a Administração em uma posição de mais vantagens na negociação e ela a exerce mediante o oferecimento de acordos de adesão.

Cenário 2 – Os acordos de adesão pela decisão inabalável do particular em pactuar

Também os acordos de adesão se verificam quando o Poder Público evidencia que o particular definitivamente anseia celebrar o acordo, não importando o motivo para tanto. Pode ser que o particular de fato tenha cometido uma infração ou queria se ver livre do processamento administrativo. A causa pouco importa; o relevante mesmo é evidenciar que o particular não vislumbra outra alternativa senão celebrar o acordo, custe o que custar. Neste cenário, o Poder Público novamente goza de maiores vantagens negociais frente ao particular, o que pode culminar em um pacto unilateral e excessivamente oneroso para o particular.

Cenário 3 – Os acordos de adesão pela necessidade de autorização ou licença para início de atividades privadas

Pode ser, ainda, que o particular precise daquela específica autorização ou licença para iniciar seu negócio. Devido aos entraves burocráticos, que encarecem e retardam o início das atividades privadas, o particular pode se motivar a celebrar acordos integrativos ainda que pague um preço alto, medido quanto ao recolhimento de valores ou ao cumprimento das obrigações definidas uni-

lateralmente pelo Poder Público, o particular...

Em comum, esse tipo de acordo se apresenta com uma grande disparidade de armadura das relações administrativas, fato é que o acordo atuação administrativa, permanência verticalidade. A tabela...

CONSENSUALIDADE	
Relação	
Ímpeto	
Fase de negociação	
Finalidade do acordo	
Negociação	
Presunção	
Modelagem	
Privilégios	
Solução	

Tabela: Consensualidade

lateralmente pelo Poder Público. Objetivando viabilizar seu empreendimento privado, o particular consente com os termos do acordo de adesão.

Em comum, esses três cenários descrevem situações em que o Poder Público se apresenta com grande vantagem negocial frente ao privado, com evidente disparidade de armas. Ainda que a consensualidade pressuponha horizontalidade das relações administrativas, diálogo e construção colaborativa das cláusulas, fato é que o acordo de adesão termina por manter características próprias da atuação administrativa típica na consensualidade, notadamente: unilateralidade, permanência das prerrogativas públicas em favor da Administração e verticalidade. A tabela abaixo sintetiza os atributos dos acordos de adesão:

CONSENSUALIDADE NA TEORIA E NA PRÁTICA DOS ACORDOS DE ADESÃO		
	Consensualidade teórica	Contratos de adesão
Relação	Horizontal	Vertical
Ímpeto	Colaborativo	Adversarial
Fase de negociação	Efetiva	Inexistente
Finalidade do acordo	Melhor solução do problema concreto	Vincular o particular a obrigações que apenas poderiam ser fixadas por norma
Negociação	Paridade de armas	Vantagens negociais ao Poder Público
Presunção	Presunção de inocência	Presunção de culpabilidade
Modelagem	Bilateralidade	Unilateralidade
Privilégios	Inexistentes ou negociáveis	Presentes
Solução	<i>Win-win</i>	<i>By-pass</i>

Tabela: Consensualidade na teoria e na prática dos acordos de adesão

Em grande parte o acordo de adesão, ou acordo unilateral, evidencia-se por conta da baixa tutela da negociação, efetiva, quando não existe a tutela da negociação n. 199/2011 da ANAC, por exemplo, não apenas inexiste a tutela da negociação como fica registrada a competência unilateral da Agência em redigir o acordo. Ao particular cabe apenas pedir a celebração de TAC⁵.

Art. 7º. A proposta de TAC formulada pela ANAC deverá ser devolvida devidamente assinada no prazo de 20 (vinte) dias do seu recebimento pelo regulado sob pena de preclusão, além do prosseguimento das ações administrativas pertinentes, inclusive novas autuações caso a irregularidade persista.

O viés unilateral e redutor do papel do particular na definição do conteúdo do acordo administrativo também se verifica no âmbito da ANTAQ⁶:

Art. 84. (...)

§1º. O TAC poderá ser firmado para a correção de uma ou mais infrações cometidas, a critério da autoridade competente.

§2º. Caso concorde pela celebração do TAC, o infrator deverá manifestar o seu interesse no prazo de cinco dias, a contar da data de ciência do oferecimento pela ANTAQ.

Não há qualquer previsão sobre a negociação no regulamento do TAC na ANTAQ.

Os grandes problemas com o aperfeiçoamento da atividade administrativa consensual em acordos de adesão relacionam-se diretamente ao “efeito de torção de braço”. Esta expressão é a melhor tradução que encontramos ao termo americano *arm-twisting effect*, compreendido, nas palavras de Lars Noah, como “a ameaça feita por um órgão de impor uma sanção ou reter um benefício com a expectativa de compelir adesão ‘voluntária’ com uma determinação que a Agência não conseguiria impor diretamente à entidade regulada”⁷. O efeito de torção de braço se pauta em um método de persuasão bastante eficaz na medida em que o Poder Público retém aquelas prerrogativas que a consensualidade visa afastar: o

5 Cf. art. 3º, §2º, da Resolução ANAC n.º 199/2011.

6 Cf. art. 84 da Resolução ANTAQ n.º 3.259/2014.

7 Lars Noah, *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority*, 1997 WIS. L. REV. 873 (1997).

exercício da prerrogativa a celebração de acordos

A característica típica, o acordo administrativo, a sanção administrativa quantia a ser recolhida, e, vez, a fixação de obrigatoriedade com o escopo do acordo um consentimento verdadeira imposição sob pena de revogação esquema comando tipos de acordos de

Depreende-se dos mos de *by-pass* do administrativo, o E dois primeiros ce quando deveria se rio, é o processo e uma norma most ções, como se ver Administração P entanto, para alé da no Brasil típico enfrentado visan a partir da valori

exercício da prerrogativa sancionatória, por exemplo, é a ameaça para compelir a celebração de acordo de adesão.

A característica mais marcante do efeito de torção de braço é que, na prática, o acordo administrativo se desnaturaliza, tornando-se materialmente uma sanção administrativa ou uma norma. No caso da exorbitância na fixação da quantia a ser recolhida, tem-se que o acordo de adesão termina por ser efetivamente uma multa, esta que é a mais recorrente sanção administrativa. Por sua vez, a fixação de obrigações de fazer onerosas, muitas das quais não têm relação com o escopo do acordo, faz deste acordo de adesão um regulamento: diante de um consentimento meramente formal sobre os termos do pacto, evidencia-se verdadeira imposição de comandos unilateralmente definidos pelo Poder Público sob pena de revogação da suspensão do processo e aplicação de sanção. O esquema comando controle, próprio das regras, também se faz presente nesses tipos de acordos de adesão, corroborando sua natureza normativa.

Depreende-se dessa análise que os acordos de adesão são efetivos mecanismos de *by-pass* do processo administrativo. Ao invés de desenvolver o processo administrativo, o Poder Público celebra um acordo de adesão em seu lugar. Nos dois primeiros cenários, é o processo administrativo sancionatório afastado, quando deveria se fazer presente para a aplicação de sanção. No terceiro cenário, é o processo administrativo normativo afastado. De fato, apenas mediante uma norma mostra-se juridicamente viável a cominação unilateral de obrigações, como se verifica nos acordos de adesão. Em qualquer caso a conduta da Administração Pública é abusiva e o acordo inválido por abuso de poder. No entanto, para além do formalismo do Direito, a consensualidade é hoje praticada no Brasil tipicamente pela via dos acordos de adesão. O problema precisa ser enfrentado visando à superação menos com base no permitido-proibido e mais a partir da valorização do processo administrativo.

III. Dever de paridade na negociação dos acordos administrativos

Se prevalece no panorama nacional normas sobre acordos administrativos com insuficiente ou inexistente tutela da negociação, algumas normas trazem um tratamento mais efetivo da negociação. É o caso, por exemplo, dos regulamentos sobre acordos substitutivos na ANS⁸, ANATEL⁹, ANCINE¹⁰ e CVM¹¹.

Ocorre que a eficiência dos acordos administrativos está diretamente atrelada à qualidade da negociação entre Poder Público e particular sobre os termos da avença. Uma negociação em que uma das partes disponha de injustificada vantagem negocial pode colocar em risco a sobrevivência dos acordos administrativos: se em um primeiro momento a consensualidade mostra-se uma alternativa interessante à atuação administrativa típica, no longo prazo ela pode entrar em desuso ou seus instrumentos serem desnaturados. Na prática, serão aplicadas sanções sem prévio processo sancionatório e definidas normas jurídicas fora de um processo administrativo normativo.

Importante enfatizar que este artigo não prega a defesa incondicionada do particular frente ao Poder Público na negociação de acordos administrativos. O foco de preocupação é mais instrumental que propriamente pessoal. Consterno-me com a possibilidade de os instrumentos consensuais terem um fim trágico no médio prazo, diante a perpetuação de um estatismo, que afasta a efetiva colaboração dos particulares com a gestão pública, e da cultura da exorbitância, com a apresentação da Administração à mesa de negociação revestido de prerrogativas públicas intransponíveis. Pouca atenção se tem dado à negociação dos acordos administrativos, quando, na verdade, a consensualidade é primordialmente um mecanismo de negociação. Se a negociação inexistente ou não confere ao particular mecanismos efetivos de proposta e contraproposta, a consensualidade está em risco.

8 Cf. Resolução Normativa ANS n.º 372/2015.

9 Cf. Resolução ANATEL n.º 629/2013.

10 Cf. Instrução Normativa ANCINE n.º 118/2015.

11 Cf. Deliberação CVM n.º 486/2005.

A despeito de instrumental que os acordos de paridade de armas¹² das relações adm. Público e particular, nem sempre um mesmo patamar de equilíbrio e mantêm-se vivo e deve buscar ao máximo conduzida com o conceito de paridade de armas não como uma tentativa de gestão pública

Primeiramente prioriza o particular pelo Poder Público interesse público participação dos particulares, observada deve à potencialização dos particulares. acordos administrativos pacto endereça criatividade do particular satisfação do interesse problema concreto das vezes os particulares te dessas características interesse público

12 A paridade de armas do particular e do Poder Público e Particular

A despeito do regime jurídico especial que reveste o Poder Público, é fundamental que os acordos administrativos sejam celebrados com o *máximo possível de paridade de armas*¹². Por definição, a consensualidade pressupõe a horizontalidade das relações administrativas. Trata-se de um ideal de envolvimento entre Poder Público e particulares na celebração de acordos administrativos. Na prática, porém, nem sempre os acordos administrativos serão conduzidos com as partes em um mesmo patamar de negociação, de modo que se vislumbre efetiva horizontalidade das relações administrativas. Este fato não pode significar indiferença quanto ao equilíbrio entre Poder Público e particulares na consensualidade. O ideal mantém-se vivo e, mais ainda, serve de diretriz ao Poder Público, o qual sempre deve buscar ao máximo conferir abertura ao particular para que a negociação seja conduzida com o máximo possível de paridade de armas. A negociação com paridade de armas não pode ser lida como um protecionismo do particular ou mesmo como uma tentativa de diminuir o papel da Administração Pública na condução da gestão pública. Pelo contrário. O maior beneficiado é o interesse público.

Primeiramente, a paridade na negociação dos acordos administrativos valoriza o particular, que deixa de ser um simples executor das decisões tomadas pelo Poder Público para passar a ser um efetivo colaborador na definição do interesse público. As mais modernas técnicas de gestão pública clamam pela participação dos particulares no desenvolvimento das atividades administrativas, observadas as regras de legalidade, publicidade e transparência. Tal se deve à potencialidade das decisões públicas construídas de modo dialogado com os particulares. A colaboração efetiva do particular no desenho dos acordos administrativos tende a favorecer a solução do problema concreto ao qual o pacto endereça na medida em que a expertise detida pelo particular associada à criatividade do mercado determina a definição de cláusulas mais eficientes à satisfação do interesse público. Não se pode negar a proximidade do particular ao problema concreto e muito menos o vanguardismo técnico que na maior parte das vezes os particulares apresentam em relação ao Poder Público. Consciente dessas características, a Administração pode tirar proveito em benefício do interesse público ao permitir maiores margens de negociação aos particulares.

12 A paridade de armas na negociação dos acordos administrativos se deve ao modo de conceber o papel do particular na gestão pública. Por todos cf. Vitor Rhein Schirato, *A Interação entre Administração Pública e Particulares nos Contratos Administrativos*, 2013.

A paridade na negociação, que pressupõe a abertura à colaboração efetiva do particular na definição dos termos do acordo administrativo, gera maior confiança daquele ao Poder Público e valoriza a segurança jurídica. Há longa literatura que debate o impacto das prerrogativas públicas sobre a previsibilidade e a estabilidade das relações constituídas com o Poder Público. A paridade na consensualidade opõe-se ao cenário de exorbitância que tradicionalmente caracteriza o Direito Público brasileiro e que tanto já implicou no aumento dos custos de transação e na insegurança jurídica. Participando da construção das cláusulas do acordo administrativo, ou seja, na definição das obrigações de fazer e de não fazer, o particular celebrante passa a gozar de maior previsibilidade quanto à execução da avença.

Some-se a isso o fato de acordos administrativos desse jaez serem soluções do tipo ganha-ganha (*win-win solutions*): concessões recíprocas, arranjos criativos e inovadores e qualidade da resposta formal ao problema concreto formam acordos igualmente benéficos ao Poder Público e aos particulares¹³. Como decorrência, aumentam-se as chances de cumprimento espontâneo do pacto. Soluções unilaterais, definidas unicamente pelo Poder Público, podem ser resistidas, levadas à apreciação da instância controladora ou serem inexequíveis, determinando a renegociação dos termos pactuados. Uma vez que o particular participa ativamente na construção dos acordos administrativos, a probabilidade de serem plenamente cumpridos segundo seu traçado natural é maior na comparação com as decisões unilaterais.

Por essas razões a paridade na negociação dos acordos administrativos deve ser sempre buscada, sendo a exceção a verticalidade na consensualidade. A busca por uma negociação efetiva, em que o particular não seja apenas um figurante, permite alcançar soluções mais eficientes para lidar com o problema concreto, além de robustecer os instrumentos consensuais. Para garantia desta negociação efetiva, é fundamental a aplicação do devido processo legal na celebração dos acordos administrativos.

¹³ Cf. Juliana Bonacorsi de Palma, *Sanção e Acordo na Administração Pública*, 2015, p. 127 e ss.

IV. O devido processo legal na celebração de acordos administrativos

A regra do devido processo legal, prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, não se trata de uma regra ampliadora, de modo que não se aplica quando a decisão já tiver sido proferida pelo Ministério Público, quer esta decisão seja proferida em decorrência da liberdade de atuação do Ministério Público, ou seja, na primeira hipótese de aplicação da regra, ou seja, na segunda parte da regra, ou seja, na aplicabilidade na celebração de acordos administrativos.

Aqui vale uma distinção entre as condutas (TAC) pelo Ministério Público e as condutas (TAC) pelo Poder Público¹⁴. Fora do âmbito de atuação do Ministério Público celebrados pelo Ministério Público administrativa. Trata-se de condutas pelo Ministério Público aplicam-se também a condutas celebradas entre Ministério Público e Poder Público administrativa são efetivas e não há deslocamento de competência do Ministério Público em razão do Ministério Público quando no exercício de suas funções naturalmente – e preferentemente pelo Ministério Público celebradas as condutas dispositivas da concessão de Poder Público.

¹⁴ Cf. art. 5º, §6º, da Lei nº 12.527/2012.

IV. O devido processo legal na celebração de acordos administrativos

A regra do devido processo legal vem expressamente prevista no art. 5º, LIV, da Constituição Federal: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". A abertura do preceito determina uma interpretação ampliadora, de modo que a regra do devido processo legal seja sempre observada quando a decisão final puder afetar a liberdade do sujeito ou seus bens, quer esta decisão seja oriunda do Judiciário, quer esta decisão seja oriunda do Ministério Público, quer esta seja uma decisão administrativa. É infensa a negociação da liberdade, razão pela qual a consensualidade jamais avançará sobre a primeira hipótese de aplicação do devido processo legal. Porém, é com base na segunda parte da regra constitucional que o devido processo legal tem ampla aplicabilidade na celebração de acordos administrativos.

Aqui vale uma incursão sobre a celebração de termos de ajustamento de condutas (TAC) pelo Ministério Público, com base na Lei da Ação Civil Pública¹⁴. Fora do âmbito da ação civil pública tramitada no Judiciário, os TACs celebrados pelo Ministério Público e Administração Pública têm natureza administrativa. Trata-se de efetivos acordos administrativos, ainda que celebrados pelo Ministério Público, razão pela qual as construções teóricas e as normativas aplicam-se também a esses TACs. Por outro lado, também os TACs celebrados entre Ministério Público e particulares que envolvam exercício de competência administrativa são efetivos acordos administrativos. Neste caso, verifica-se o deslocamento de competência administrativa para a esfera controladora do Ministério Público em razão da indefinição constitucional dos limites de atuação do Ministério Público no art. 127 da Constituição Federal. De qualquer modo, quando no exercício consensual de competências administrativas, que originalmente – e preferencialmente – deveriam ser exercidas pelo Poder Público, o Ministério Público celebra acordos administrativos e deve observância às regras dispositivas da consensualidade administrativa. Nada mais faz que as vezes do Poder Público.

14 Cf. art. 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/85.

Todo e qualquer acordo administrativo demanda a realização de processo administrativo, seja ele celebrado pelo Poder Público ou pelo Ministério Público¹⁵. Ocorre que as cláusulas de fazer e de não fazer inexoravelmente dispõem de conteúdo patrimonial. Deixar de praticar algum ato específico implica em prejuízos decorrentes do desperdício de uma atividade produtiva, por exemplo (custo de oportunidade). Do mesmo modo, o cumprimento de uma obrigação de fazer sempre acarretará em dispêndios patrimoniais, como a construção de uma obra de mitigação de impactos ambientais ou a contratação de equipe técnica especializada para auxiliar o particular a cumprir as determinações no pacto. De fato, como próprio do objeto transigível do acordo administrativo, sempre haverá uma correspondência patrimonial na consensualidade, com possibilidade de privação parcial de bens. Pela regra do devido processo legal, os acordos administrativos precisam, portanto, ser celebrados no âmbito do processo administrativo sob pena de invalidação.

A tradução mais evidente da regra do devido processo legal corresponde à regularidade procedimental¹⁶. No que tange a consensualidade, o procedimento regular pressupõe ao menos cinco deveres: (i) dever de garantia do contraditório e da ampla defesa; (ii) dever de endereçamento das cláusulas consensuais ao problema concreto; (iii) dever de motivar; e (iv) dever de publicidade. Uma vez observados esses desdobramentos do devido processo legal na consensualidade administrativa, o efeito de torção de braço tende a ser mitigado senão inteiramente afastado.

Está subentendida no contraditório e na ampla defesa a paridade da negociação dos acordos administrativos. Na consensualidade, o diálogo e a efetiva colaboração do particular são pressupostos¹⁷. A melhor leitura do contraditório na

15 Sobre a relação entre exercício de função administrativa e dever de realizar processo administrativo, cf. Vitor Rhein Schirato, *As Partes do Processo Administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos*, 2011.

16 O debate sobre o devido processo legal na Administração Pública é amplo e conta com expressiva produção acadêmica. Superada a fase de negação da aplicação deste princípio à esfera pública, antes exclusivamente um princípio operativo no Judiciário, como adverte a Professora Odete Medauar, passou-se a desenvolver uma verdadeira linha de pesquisa sobre o tema. Cf. *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2008, p. 37 e ss. Sobre o devido processo legal na Administração Pública, cf. Egon Bockmann Moreira, *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, 2007.

17 Sobre o estreito relacionamento entre Poder Público e particulares para consecução do interesse público ao longo da evolução do Direito Administrativo, cf. Vitor Rhein Schirato, *A Interação entre Administração Pública e Particulares nos Contratos Administrativos*, 2013.

consensualidade com
existe se o particular
que sejam verdadeiri
pouco haverá a garan
manifestar com qual
o efeito da torção de
particular se defendi
o contraditório e a
ciação para que o pa
minutas esquadrinha
devem ser seriament
truam de modo com

Talvez a princ
seja o *dever de ader*
Isso significa que ir
encontrar alguma
ao devido processo
construção de uma
derramamento de
uma obrigação por
ou porque a sanção

Ainda é impor
lacionar directament
nem obrigações des
com o devido proce
regulada o dever de
licenças ambientais
obrigações exorbitar
creto ou a planos de
apresentados. Desse
que as obrigações p
especificado no cas
abuso de poder, com

18 Diante do art. 104, I

consensualidade corresponde, portanto, ao contraditório substantivo e este não existe se o particular não tiver meios de apresentar propostas ou contrapropostas que sejam verdadeiramente consideradas e analisadas pelo Poder Público. Tampouco haverá a garantia da ampla defesa ao particular que esteja impedido de se manifestar com qualidade na negociação dos acordos administrativos. Na ponta, o efeito da torção de braço, que se configura em abuso de poder, impede que o particular se defenda de eventuais ilegalidades resultantes desta prática. Assim, o contraditório e a ampla defesa são assegurados mediante a abertura da negociação para que o particular apresente propostas de acordos e contrapropostas às minutas esquadrihadas pelo Poder Público. Ainda, propostas e contrapropostas devem ser seriamente estudadas pela Administração, a fim de que as partes construam de modo concertado as cláusulas que definem obrigações.

Talvez a principal expressão do devido processo legal na consensualidade seja o *dever de aderência às obrigações pactuadas ao problema do caso concreto*. Isso significa que invariavelmente as obrigações de fazer e de não fazer devem encontrar alguma correlação com o problema concreto. Não é consentâneo ao devido processo legal na consensualidade uma obrigação que determine a construção de uma escola se estiver em apuração uma infração ambiental por derramamento de petróleo em mar. Tampouco é regular a determinação de uma obrigação porque, do contrário, o processo administrativo terá seguimento ou porque a sanção será prontamente aplicada. Isto é ameaça.

Ainda é importante indicar que a regra do devido processo legal pode se relacionar diretamente com a proporcionalidade, interditando cláusulas que cominem obrigações desarrazoadas à resolução do problema concreto. Não se coaduna com o devido processo legal, por exemplo, uma cláusula que determine à empresa regulada o dever de descontaminar integralmente uma área para expedição de licenças ambientais¹⁸. Igualmente contraria o devido processo legal a previsão de obrigações exorbitantes de pagar quantia certa, cuja vinculação ao problema concreto ou a planos de prevenção de problemas análogos ao identificado não sejam apresentados. Desse modo, o devido processo legal na consensualidade demanda que as obrigações pactuadas tenham imediata relação com o problema concreto especificado no caso. Do contrário, pode-se caracterizar desvio de finalidade ou abuso de poder, com pronta anulação do acordo administrativo.

¹⁸ Diante do art. 104, II, do Código Civil, tem-se esta obrigação como inválida.

consensualidade corresponde, portanto, ao contraditório substantivo e este não existe se o particular não tiver meios de apresentar propostas ou contrapropostas que sejam verdadeiramente consideradas e analisadas pelo Poder Público. Tampouco haverá a garantia da ampla defesa ao particular que esteja impedido de se manifestar com qualidade na negociação dos acordos administrativos. Na ponta, o efeito da torção de braço, que se configura em abuso de poder, impede que o particular se defenda de eventuais ilegalidades resultantes desta prática. Assim, o contraditório e a ampla defesa são assegurados mediante a abertura da negociação para que o particular apresente propostas de acordos e contrapropostas às minutas esquadrihadas pelo Poder Público. Ainda, propostas e contrapropostas devem ser seriamente estudadas pela Administração, a fim de que as partes construam de modo concertado as cláusulas que definem obrigações.

Talvez a principal expressão do devido processo legal na consensualidade seja o *dever de aderência às obrigações pactuadas ao problema do caso concreto*. Isso significa que invariavelmente as obrigações de fazer e de não fazer devem encontrar alguma correlação com o problema concreto. Não é consentâneo ao devido processo legal na consensualidade uma obrigação que determine a construção de uma escola se estiver em apuração uma infração ambiental por derramamento de petróleo em mar. Tampouco é regular a determinação de uma obrigação porque, do contrário, o processo administrativo terá seguimento ou porque a sanção será prontamente aplicada. Isto é ameaça.

Ainda é importante indicar que a regra do devido processo legal pode se relacionar diretamente com a proporcionalidade, interditando cláusulas que cominem obrigações desarrazoadas à resolução do problema concreto. Não se coaduna com o devido processo legal, por exemplo, uma cláusula que determine à empresa regulada o dever de descontaminar integralmente uma área para expedição de licenças ambientais¹⁸. Igualmente contraria o devido processo legal a previsão de obrigações exorbitantes de pagar quantia certa, cuja vinculação ao problema concreto ou a planos de prevenção de problemas análogos ao identificado não sejam apresentados. Desse modo, o devido processo legal na consensualidade demanda que as obrigações pactuadas tenham imediata relação com o problema concreto especificado no caso. Do contrário, pode-se caracterizar desvio de finalidade ou abuso de poder, com pronta anulação do acordo administrativo.

18 Diante do art. 104, II, do Código Civil, tem-se esta obrigação como inválida.

Deve a consensualidade ser desenvolvida efetivamente no curso de um processo administrativo, cuja garantia do devido processo legal seja ínsita. Por esta razão ser imprescindível a *motivação* quando da celebração de acordo administrativo, motivação esta que demanda a justificativa da via escolhida para endereçar o problema concreto. Isso significa que não basta apenas que as cláusulas do acordo sejam voltadas ao problema concreto, mas que a Administração Pública exponha as razões pelas quais o específico desenho do pacto se mostra como a alternativa mais eficiente no caso concreto. Depreende-se, assim, os objetivos almejados com o pacto, enquanto previsibilidade quanto à atividade

A aplicação do devido processo legal à consensualidade administrativa presuppõe a efetiva *publicidade* da atuação administrativa consensual. Entende-se que a negociação em si, i.e., os debates travados na mesa de negociação, seja restrita. Porém, é fundamental que a proposta formal, contraproposta e acordo final sejam públicos e acessíveis a qualquer pessoa. Do contrário, pode-se comprometer *direito de terceiros* que não participem da negociação do acordo. De fato, na medida em que a consensualidade se efetiva no âmbito do processo administrativo, o contraditório é intransponível. Não apenas as partes celebrantes devem manter um diálogo, mas também qualquer interessado cujo direito possa ser afetado pelo conteúdo do pacto. É o que se depreende do art. 9º, II, da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99), que confere o *status* de interessado àquele cujos direitos e interesses possam ser afetados pela decisão final a ser adotada.

V. Provocação final: pelo fim da cultura da exorbitância

De todo o exposto evidencia-se um campo novo de compreensão do devido processo legal no âmbito da consensualidade administrativa. Mais especificamente, determina o devido processo legal maior horizontalidade na negociação dos termos do acordo, de modo a evitar o efeito da torção de braço que pode trazer efeitos nefastos à sobrevida da dinâmica consensual na esfera administrativa. Deste modo, o devido processo legal passa a ser um instrumento de fundamental importância para se alcançar decisões públicas dotadas de eficiência, que sejam efetivamente capazes de endereçar e resolver o problema concreto colocado.

No entanto, de nada irá adiantar a defesa do devido processo legal na consensualidade administrativa se a *cultura da exorbitância* permanecer. Considero

cultura da exorbitância o ato invariavelmente em posição de defesa do interesse da Administração se valha de consideração uma boa decisão normalmente inculcada na cultura

A chave maniqueísta do passo que o particular segue das pelo Poder Público são: A consensualidade configura Administração e administração ao mesmo tempo favorável o problema colocado no caso público no caso concreto.

A superação da cultura de um acordo admitido pelo Poder Público pode conseguir, o quanto de de sujeições consegue de braço. Ao afastar a cultura devido processo legal e, as blico para a resolução do escassos e grandes desafios soluções jurídicas ao caso de satisfação do interesse

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MEDAUAR, Odete. *A Prática do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: RT, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmeyer. *Lei de Processo Administrativo e a Lei 9.784/99*, 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

cultura da exorbitância o axioma de que a Administração Pública encontra-se invariavelmente em posição de superioridade com relação ao particular, na qualidade de defensora do interesse público, e, desse modo, determina que sempre a Administração se valha de grandes vantagens para que a decisão pública seja considerada uma boa decisão. A consensualidade desafia esta lógica tradicionalmente inculcada na cultura jurídica.

A chave maniqueísta de que o Poder Público segue o interesse público ao passo que o particular segue o interesse privado e, assim, as vantagens percebidas pelo Poder Público são sempre favoráveis ao interesse público é uma falácia. A consensualidade configura um autêntico *mecanismo de colaboração*, em que Administração e administrado buscam conjuntamente uma decisão que seja ao mesmo tempo favorável à parcela significativa de seus interesses e resolva o problema colocado no caso concreto. Esta decisão, sim, traduzirá o interesse público no caso concreto.

A superação da cultura da exorbitância determina que o foco da negociação de um acordo administrativo não seja propriamente as vantagens que o Poder Público pode conseguir na negociação: o quanto de valores pecuniários pode recolher, o quanto de obrigações de fazer pode determinar ou o quanto de sujeições consegue determinar ao particular. Este é o racional da torção de braço. Ao afastar a cultura da exorbitância, pode-se aplicar genuinamente o devido processo legal e, assim, deslocar o foco das vantagens para o Poder Público para a resolução do caso concreto. Em um cenário pungente de recursos escassos e grandes desafios de políticas públicas, o pragmatismo de endereçar soluções jurídicas ao caso concreto apresenta-se como o meio mais leal e efetivo de satisfação do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Vitor Rhein Schirato

NOAH, Lars. *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority*, 1997 WIS. L. REV. 873 (1997).

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A Interação entre Administração Pública e Particulares nos Contratos Administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 138. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. As Partes do Processo Administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 46. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari & CÂMARA, Jacintho Arruda. O Devido Processo Administrativo na Execução de Termo de Ajustamento de Conduta. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 32. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Su
discr
II.2. For
Element
tes; II.3.
entre a
-moder
fundam
vel fala
process

L. Co

O
cionari
defend

1 * Es
da l
Exa
par
out
diár
ao l
bus
Nap
pre
lon
me

2 "L
São