

Coleção

M|A|S|C

Meios Alternativos de
Solução de Conflitos

Coordenadores:
Ada Pellegrini Grinover
Kazuo Watanabe

Volume **5**

Coordenadores:
Daniela Monteiro Gabbay e Bruno Takahashi

Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos

Autores:

Ana Claudia Ferreira Pastore
André Luiz Naves Silva Ferraz
Antonio Rodrigues de Freitas Jr.
Bruno Takahashi
Carlos Alberto de Salles
Daldice Maria Santana de Almeida
Daniela Monteiro Gabbay
Dartanhan Vercingetórix de Araújo e Rocha
Dayse Starling Lima Castro
Diego Faleck
Edson Luiz Sampel
Fernanda Souza Hutzler
Geisa de Assis Rodrigues
Helena Dias Leão Costa

Herbert Cornelio Pieter de Bruyn Jr.
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Juliana Bonacorsi de Palma
Luciane Moessa de Souza
Marcella A. da Nova Brandão
Marco Aurélio Serau Junior
Maria Cecília de Araujo Asperti
Nathalia Mazzone
Paulo Afonso Brum Vaz
Paulo Eduardo Alves da Silva
Paulo Marcos Rodrigues de Almeida
Priscila Faricelli de Mendonça
Reynaldo Soares da Fonseca
Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari



Gazeta Jurídica

Capítulo

6

A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEU CONTROLE JUDICIAL

Juliana Bonacorsi de Palma

Resumo: este artigo propõe contornos brandos da consensualidade administrativa pelo Poder Judiciário, considerando a regra da competência, a capacidade institucional do Executivo e a interdependência público-privada na celebração de acordos administrativos. Sem implicar no afastamento do controle judicial da atuação administrativa consensual, este tipo de controle se apoia na ideia de que o juiz pode desenvolver adequadamente o seu papel determinado pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal deslocando-se o foco de análise da decisão administrativa final (o acordo administrativo) para o processo administrativo no qual o desenho do instrumento consensual é inculpido. Para tanto, o artigo se estrutura em três eixos: (i) compreensão dos possíveis formatos de consensualidade administrativa, desde uma conformação amplíssima até sua configuração estritíssima; (ii) estudo da racionalidade da dinâmica consensual, juridicamente viável, e seus potenciais efeitos positivos; e (iii) estudo da preferência pela postura de deferência do Poder Judiciário às decisões consensuais. Ao final, será reafirmado o importante papel do Judiciário como controlador da Administração Pública, corroborando para o afastamento de ilegalidades e atos de corrupção, e como esse papel pode ser valorizado considerando alguns aspectos da tomada de decisão administrativa, em especial a publicidade e o dever de motivar do agente público.

Sumário: Introdução. 1. Delimitação da consensualidade administrativa. 1.1. Consensualidade em sentido amplíssimo: a participação administrativa. 1.2 Consensualidade em sentido amplo e em sentido estrito. 1.3. Consensualidade em sentido restritíssimo: concertação administrativa. 2. Viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar e a racionalidade consensual. 2.1 Viabilidade jurídica da atuação administrativa consensual. 2.2 Consensualidade administrativa e seus potenciais efeitos positivos. 3. O Poder Judiciário e a consensualidade administrativa: efetivação e controle. 3.1 A consensualidade administrativa em sentido amplo efetivada no âmbito judicial. 3.2 Parâmetros de controle à luz da teoria dos atos administrativos. 3.2.1 Parâmetros de controle à luz da teoria dos atos administrativos. 3.2.2 O foco do controle judicial da consensualidade no processo administrativo. Considerações finais. Referências.

Introdução

Assiste-se hoje, no âmbito da Administração Pública, ao desenvolvimento de uma das mais promissoras – e desafiadoras – técnicas de ação administrativa: *a atuação administrativa consensual*. Acompanhando um cenário mais abrangente, que tem como principal protagonista o Judiciário, a partir da década de 1990 a Administração Pública passou a fazer uso da *consensualidade* para exercício de suas competências administrativas, fazendo do acordo administrativo um instrumento juridicamente viável e à disposição do gestor público ao lado do ato administrativo. Primeiramente tímido, pois que restrito a técnicas de participação administrativa como audiências e consultas públicas, o movimento de abertura à consensualidade expandiu-se significativamente nos últimos 15 anos e, hoje, a consensualidade adquire importância inquestionável na gestão pública, podendo-se recolher cada vez mais exemplos de técnicas que prezam pelo diálogo na esfera administrativa.

A projeção da consensualidade na Administração Pública desafia o modelo de ação administrativa tradicionalmente utilizado pelo Poder Público visando à satisfação de finalidades públicas. Ocorre que é o *paradigma da imperatividade* que lastreia a teoria do Direito Administrativo e orienta a prática administrativa. Em termos gerais, o paradigma da imperatividade corresponde ao exercício de competências administrativas por meio de ato administrativo unilateral e imperativo. A decisão administrativa é unilateralmente tomada pela Administração e imposta ao administrado, independentemente de sua aquiescência. Trata-se do *ato de autoridade*, conformado de acordo com a interpretação que a Administração dê ao

interesse público no caso concreto, cujo remédio histórico de defesa de direitos e interesses particulares corresponde ao mandado de segurança.

Não por outro motivo administrativistas indicam a consensualidade como um dos eixos de transformação da Administração Pública e, por decorrência, do Direito Administrativo.¹ Não apenas a concepção de ação administrativa é desafiada, mas a consensualidade enseja a releitura dos institutos fundantes do direito administrativo, como o ato administrativo e o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Estudos sobre o fenômeno da consensualidade na Administração Pública ainda são escassos. Várias são as possíveis aproximações do tema e, neste trabalho, seria inviável analisar todas as frentes de debates que a consensualidade enseja.

A proposta do presente artigo é analisar o importante papel do controle judicial da atividade administrativa consensual, com foco na Justiça Federal. Considerando que a adequada compreensão do papel do controle judicial da consensualidade administrativa pressupõe entender esta dinâmica de funcionamento, o artigo está dividido em três partes. Na primeira, o consenso será analisado na qualidade de técnica de gestão pública, onde serão indicados os potenciais efeitos positivos de sua adoção pelo Poder Público e a racionalidade envolvida na consensualidade. Na sequência, a técnica da consensualidade administrativa será explorada, com ênfase para os instrumentos consensuais delimitados a partir de classificação adotada. Na terceira parte, por fim, o papel do controle judicial da atividade administrativa consensual será discutido, considerando o regime jurídico desta atividade na esfera federal. A sistematização dos argumentos trabalhados neste texto será apresentada na conclusão.

1 Esse é o posicionamento de PATRÍCIA BAPTISTA, *Transformações do Direito Administrativo*, 2003, p. 62 e ss. A respeito do papel transformador da consensualidade no Direito Administrativo, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO assim se posiciona: “(...) a consensualidade, posta como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex.: o poder de polícia). (...) A consensualidade, pela via da participação política, vem modificando a atuação do Estado na legislação, na administração e na jurisdição, as é a Administração Pública o campo mais aberto e mais diversificado para medrar o consenso, tanto como método de decisão como de operação”. *Mutações do Direito Administrativo*, 2007, p. 41-42.

Traça-se como grande objetivo do presente texto demonstrar como a projeção da consensualidade na Administração Pública está diretamente relacionada à dinâmica do controle que se faz sobre essa atividade, notadamente o controle judicial. Olhar o florescimento de instrumentos consensuais em uma perspectiva interna à Administração, desconsiderando o papel do Judiciário, é apenas uma visão parcial de toda uma complexidade. Por outro lado, trazer informações sobre a técnica de atuação administrativa consensual pode ser oportuna para fins de qualificação do controle judicial da Administração Pública, desvencilhando-se o exercício de competências administrativas pelo paradigma da imperatividade.

1. Delimitação da consensualidade administrativa

Antes de avançar na análise aqui proposta, uma relevante questão precisa ser enfrentada: *no que consiste a consensualidade?*

Esta questão mostra-se particularmente difícil no panorama brasileiro tendo em vista que a consensualidade nasce do campo prático, a partir da experimentação de instrumentos consensuais criados por regulamentos editados por órgãos e entes administrativos.² Praticamente todas as Agências Reguladoras, por exemplo, dispõem de atos normativos que disciplinam o funcionamento de suas próprias técnicas de atuação administrativa consensual, como as audiências públicas e os acordos substitutivos de sanção. Consequentemente, tanto a listagem dos instrumentos quanto o regime jurídico a eles aplicados não é uniforme na Administração Pública brasileira. Tomando o exemplo dos acordos substitutivos de sanção, a nomenclatura diversa aponta para a fragmentação da disciplina jurídica do instituto: “*termo de compromisso*” no âmbito da CVM;³ “*termo de ajustamento de conduta*”, na ANAC;⁴ e “*termo de compromisso de ajustamento de conduta*”, na ANATEL.⁵

2 Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*, 2010, p. 181-188.

3 Cf. Lei 6.385/76, art. 11, §5º.

4 Cf. Resolução ANAC 199/2011.

5 Cf. Resolução ANATEL 629/2013.

Ao contrário de outros sistemas jurídicos que dispõem de permissivos genéricos em suas leis gerais de processo administrativo,⁶ a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99) não prevê a consensualidade como mecanismo de ação administrativa e nem institui um instrumento consensual específico, muito embora faça alusão à participação administrativa.⁷ Esse elemento torna ainda mais complexa a definição de consensualidade. Some-se a isso o fato de que a consensualidade pressupõe flexibilidade, atipicidade e fórmulas criativas que permitam o melhor

6 Uma das grandes referências da consensualidade no Direito Administrativo Comparado corresponde à *Legge* 241/90, a Lei de Processo Administrativo Italiana. O permissivo genérico para a celebração de acordos administrativos pela Administração Pública italiana encontra-se no art. 11-*bis*, de seguinte redação: “*in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell’articolo 10, l’amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*”. FRANCO GAETANO SCOCA indica que a previsão normativa da consensualidade na Lei de Processo Administrativo italiana resulta dos debates teóricos que se verificaram na década de 1980, reverberados na *Comissão de Nigro* (em alusão ao Professor MARIO NIGRO), responsável pelo desenho normativo da consensualidade administrativa. Cf. *Autorità e Consenso*, 2002, p. 31 e ss. No Direito Administrativo espanhol, mencione-se a *Ley* 30/92, ou LrjAPyPac, cujo art. 88 dispõe sobre a terminação consensual do “*procedimento*” (entenda-se processo tramitado internamente à Administração Pública), nos seguintes termos: “[l]as Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”. Sobre a disciplina da consensualidade administrativa pela LrjAPyPac, cf. LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español*, 2003, *passim*. A Lei de Processo Administrativo alemã (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*) também dispõe de permissivo genérico à atuação administrativa consensual em seu art. 54, nos seguintes termos (em inglês): “[a] *legal relationship under public law may be constituted, amended or annulled by agreement (agreement under public law) in so far as this is not contrary to legal provision. In particular, the authority may, instead of issuing an administrative act, conclude an agreement under public law with the person to whom it would otherwise direct the administrative act*”.

7 Cf. art. 33 a art. 35 da Lei 9.784/99.

endereçamento de um caso concreto,⁸ atributos esses antípodas a uma definição taxativa de consensualidade. Assim, define-se a consensualidade de acordo com a natureza dos instrumentos em uso pela Administração Pública, de modo que se admitem diferentes conceitos de consensualidade no Direito Administrativo brasileiro.

A consensualidade administrativa pode adquirir diferentes compreensões considerando o panorama operacional no qual se insere e seus principais instrumentos de efetivação. A seguir, serão apresentadas as principais expressões da consensualidade e os instrumentos que lhe são correlatos.

1.1 Consensualidade em sentido amplíssimo: a participação administrativa

Em *sentido amplíssimo*, a consensualidade corresponde a qualquer forma de ingerência privada na Administração Pública, ainda que não vinculante. Esta definição bastante alargada contempla todos os mecanismos que viabilizam o *diálogo* entre Administração Pública e administrados, ainda que a decisão final se formalize em ato administrativo unilateral e imperativo. A manifestação de vontade dos particulares destina-se, segundo essa acepção, à promoção de diálogo e reivindicação de seus correspondentes direitos, abarcando diversos instrumentos jurídicos para tanto: ajustes de conduta, acordos governamentais, transações judiciais, contratos administrativos e meios de resolução extrajudicial de conflitos.

Também está contemplada nessa definição amplíssima de consensualidade a *participação administrativa*, também conhecida como *participação popular* ou *participação social*.⁹ Trata-se de dinâmica em que o particular se manifesta a respeito de determinada proposta de ato administrativo e, dessa forma, defende seus interesses e direitos perante a Administração Pública. Na participação administrativa não se evidencia a negociação da prerrogativa imperativa: invariavelmente, a decisão final do

8 Cf. JODY FREEMAN, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 1997-1998, p. 22-33.

9 Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Participação Popular na Administração Pública*, 1993.

processo se formalizará em ato administrativo do Poder Público, que analisará os elementos de instrução processual e as considerações apresentadas pelos particulares para definir, unilateralmente, o conteúdo deste ato. Isso significa que as contribuições recebidas pelo Poder Público em sede de participação administrativa *não vinculam a decisão administrativa*. Sempre, porém, o Poder Público deve se posicionar sobre as mesmas, como determina o art. 34 da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99), nos seguintes termos:

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação administrativa deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Ambos os instrumentos mencionados no preceito transcrito correspondem, de fato, aos principais mecanismos de participação administrativa, quais sejam, as *audiências públicas* e as *consultas públicas*. Embora no panorama regulatório seja possível evidenciar diferentes conformações desses instrumentos participativos, em geral as audiências e as consultas públicas se diferenciam quanto à dinâmica de efetivação.

As *audiências públicas* são realizadas presencialmente, em data e hora marcada, na qual qualquer interessado pode comparecer e se manifestar sobre a proposta de ato em discussão. Nessa oportunidade, ainda, o Poder Público pode explicar os motivos do ato administrativo em construção, integrando o particular à racionalidade que ensejou a tomada de decisão em um determinado sentido. A Lei de Licitações e de Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), por exemplo, determina a realização de audiência pública para grandes contratações públicas¹⁰ e, com base nesse preceito, diversas têm sido as audiências realizadas para tanto recolher contribuições quanto explicar aos particulares as minúcias do empreendimento público.

10 É o texto do art. 39 da Lei 8.666/93: “[s]empre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados”.

Nas *consultas públicas*, por sua vez, a participação administrativa é desenvolvida fundamentalmente em ambiente eletrônico: a proposta de ato é disponibilizada no sítio eletrônico governamental, ficando à disposição por determinado período (geralmente de trinta dias) para recebimento de contribuições eletrônicas sobre o desenho deste ato. Esta tem sido a fórmula preferida pelas Agências Reguladoras brasileiras para promover a participação administrativa. A Lei Geral de Telecomunicações, inclusive, determina a obrigatoriedade de realização de consulta pública previamente à edição de qualquer regulamento administrativo pela ANATEL.¹¹

As audiências e consultas públicas são instrumentos hoje de ampla aplicabilidade, como se evidencia em matéria ambiental e urbanística.¹² Um dos principais fatores que propiciam ampla utilização desses mecanismos de participação administrativa corresponde ao tratamento dos mesmos dado pela Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99). Ocorre que a referida Lei funciona como um permissivo genérico, habilitando todos os órgãos e entes administrativos federais a promover a participação administrativa, nos seguintes termos:

“Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas”.

11 É o texto do art. 42 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97): “[a]s *minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca*”.

12 Na regulação urbana das cidades, por exemplo, são encontradas diversos exemplos de audiências públicas realizadas para discussão da mobilidade urbana e do adensamento das cidades. Não por outra razão da Lei de Mobilidade Urbana (Lei 12.587/2012) prevê as audiências públicas e as consultas públicas como um dos instrumentos de “participação da sociedade civil no planejamento, fiscalização e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana” em seu art. 15, juntamente com órgãos colegiados de participação de representantes junto ao Executivo, ouvidorias e “procedimentos sistemáticos de comunicação, de avaliação da satisfação dos cidadãos e dos usuários e de prestação de contas públicas”.

Todavia, esses têm sido instrumentos de participação administrativa notadamente evidenciados no processo administrativo normativo, desenvolvidos com a finalidade de qualificar o regulamento a ser editado no exercício de poder normativo pela autoridade pública competente. A projeção da participação administrativa sobre o processo de regulamentação resulta da aproximação do sistema brasileiro ao *common law*, em que tradicionalmente os regulamentos administrativos são editados no curso de um processo administrativo com oportunidade de participação administrativa sobre a proposta original. No sistema norte-americano, por exemplo, o *notice-and-comment rulemaking* é previsto desde 1946 pelo *Administrative Procedure Act* (APA).¹³

Além de potencialmente melhorar a qualidade da decisão administrativa final, a realização de audiência pública também propicia o aumento da confiança legítima do particular perante a Administração Pública devido à transparência e abertura ao diálogo que sinalizam. Digno de nota, porém, a incipiência desses instrumentos. Nesse sentido, trabalhos empíricos têm apontado para a eventual baixa efetividade desses instrumentos na medida em que poucas são as contribuições acatadas pelo Poder Público.¹⁴

13 O APA foi editado logo após o término da II Guerra Mundial, mas seu debate antecede essa panorama, remontando ao Governo ROOSEVELT e à política do *New Deal*. Com a expansão do Estado em resposta à crise econômica de 1929, gerou-se uma inquietação dos agentes econômicos com relação ao protagonismo do Estado nas questões econômicas, com real receio de que o governo norte-americano se solidarizasse a bandeira socialista. Os debates sobre a criação de uma lei geral de processo administrativo nos Estados Unidos surgem da necessidade, à época colocada, de controle da ação administrativa. A submissão da função administrativa ao processo administrativo seria, na verdade, um mecanismo estratégico de controle da ação administrativa. Nessa linha, conferiu-se valor à participação dos administrados na tomada de decisão administrativa, especialmente de caráter normativo (*rulemaking*), para fins de controle social e de defesa de interesses particulares. O *notice-and-comment rulemaking* corresponde ao processo administrativo para edição de regulamentos que se dinamiza na submissão da proposta de ato normativo à participação administrativa, cabendo ao Poder Público colher as contribuições e considerá-las no desenho regulamentar. O melhor estudo sobre o movimento de processualização da atividade administrativa no sistema norte-americano foi desenvolvido por GEORGE B. SHEPHERD, *Fierce Compromise: the Administrative Procedure Act emerges from New Deal politics*, 1995-1996, *passim*.

14 Em levantamento empírico dos instrumentos de participação administrativa no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica no período de 1998-2006, MARIANA

Dentre outras, é indicada como razão desse cenário a abertura de fase de participação apenas ao final do processo administrativo normativo, quando a decisão administrativa já se encontra praticamente pronta e acabada.

1.2 Consensualidade em sentido amplo e em sentido estrito

Em sentido amplo, a consensualidade administrativa corresponde a qualquer acordo de vontades envolvendo a Administração Pública. Ficam excluídos dessa compreensão da consensualidade todos os instrumentos de participação administrativa, pois, como analisado, eles não se voltam à negociação da prerrogativa imperativa, mas sim à promoção de diálogo entre Administração e administrados. Mesmo assim, os instrumentos abarcados nessa compreensão da consensualidade são diversos: contratos administrativos, ajustes de conduta, acordos governamentais, transações judiciais e meios de resolução extrajudicial de conflitos. Em comum, esses instrumentos são aperfeiçoados mediante acordo de vontades entre a Administração Pública e o interessado, que pode ser um órgão ou ente público, no âmbito administrativo ou judicial.

Em sentido estrito, a consensualidade corresponde a qualquer forma de acordo de vontades envolvendo a Administração Pública no âmbito administrativo. De acordo com esse entendimento, ficam excluídos da leitura da consensualidade em sentido estrito as transações e os acordos judiciais, dado que estes se efetivam exclusivamente na esfera administrativa. Além dos ajustes de conduta celebrados no âmbito do processo administrativo, ainda podem ser mencionados os contratos administrativos, os acordos governamentais e os meios de resolução extrajudicial de conflitos.

BATISTA DA SILVA indica que 13,6% das contribuições endereçadas foram aceitas e, parcialmente, 26,5% das mesmas. Cf. *Mecanismos de Participação e Atuação de Grupos de Interesse no Processo Regulatório Brasileiro: o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)*, 2012, p. 985. Outras pesquisas empíricas que alcançam semelhante resultado são as seguintes: PAULO TODESCAN LESSA MATTOS, *O Novo Estado Regulador no Brasil*, 2006, p. 247-287; EGON BOCKMANN MOREIRA, *Agências Reguladoras Independente, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas”*, 2003, *passim*; e JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Processo Regulatório Sancionador e Consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da ANATEL*, 2010, *passim*.

Todos os contratos celebrados pela Administração Pública seriam, pelo exposto modo de compreender a consensualidade, manifestações consensuais, quer sejam, por exemplo, contratos de fomento, quer sejam contratos para prestação de serviço público. Nessa categoria, mencionem-se os contratos administrativos da Lei 8.666/93, os contratos de concessão comum (Lei 8.987/95), os contratos de concessão administrativa e patrocinada, também conhecidos como contratos de parceria público-privada (Lei 11.079/2004), os contratos de gestão firmados pelas organizações sociais com o Poder Público (Lei 9.637/98) e os termos de parceria celebrados pelas organizações da sociedade civil de interesse público com o Poder Público (Lei 9.790/99).

Com relação aos acordos governamentais, também conhecidos como acordos intragovernamentais, os principais exemplos desses mecanismos correspondem aos contratos de gestão previstos no art. 37, §8º, da Constituição Federal e aos contratos de gestão federativa associada estabelecidos pela Lei dos Consórcios Públicos (Lei 11.107/2005). Mencione-se, ainda, a incipiente experiência dos termos de ajustamento de gestão em prática no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, atualmente disciplinado pela Resolução 01/2012 da instituição.¹⁵ Os mencionados acordos intragovernamentais têm por principal característica as partes celebrantes, necessariamente órgãos ou entidades públicas.

1.3 Consensualidade em sentido restritíssimo: concertação administrativa

Em sentido restritíssimo, a consensualidade corresponde à concertação administrativa, i.e., à negociação da prerrogativa imperativa que a Administração Pública detém para impor unilateralmente suas decisões administrativas.¹⁶ No âmbito do processo administrativo, o modo de exercício

15 Nos termos do art. 1º da Resolução 01/2012 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, “[p]ara regularizar atos e procedimentos aos Poderes, órgãos ou entidades submetidos ao seu controle, o Tribunal de Contas poderá firmar Termo de Ajustamento de Gestão – TAG”.

16 Trata-se do privilégio de imposição da vontade administrativa aos particulares, independentemente de sua aquiescência. Segundo Oreste RANELETTI, “[p]er le caratteristiche suindicate la potestà suprema dello stato è potestà d’imperio, come

da prerrogativa imperativa é objeto de negociação entre Poder Público e o destinatário da decisão administrativa final. Pode-se definir, por exemplo, o termo em que um determinado ato administrativo será eficaz, especialmente no caso de um regulamento que determina obrigações positivas ao particular. Pela negociação da prerrogativa imperativa, o próprio conteúdo da decisão administrativa pode ser ajustado, a exemplo da determinação das obrigações nos termos de ajustamento de conduta que condicionam uma autorização administrativa. Na ponta, pode-se afastar consensualmente a prerrogativa imperativa, quando um ato administrativo é substituído por um acordo administrativo, por exemplo.

Essa negociação necessariamente deve ser realizada no curso de um processo administrativo: a necessária publicidade que acompanha a processualidade administrativa impede o uso indevido da consensualidade para fins espúrios e ilegais, pois sujeita a atuação administrativa consensual como um todo ao controle. De acordo com o art. 8º, *caput*, da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011), “é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas”. Para cumprimento desse dever, a Lei de Acesso à Informação Pública admite que a informação seja prestada por diversas formas, inclusive por meio de atas de reunião de gravações, o que se coaduna com a dinâmica da negociação na consensualidade administrativa.¹⁷

Qualquer que seja o formato da negociação – presencial ou documental, por exemplo – esta necessariamente deve compor a instrução do processo administrativo no qual se efetiva a consensualidade, por meio da transcrição da negociação ou da juntada da correspondente ata.

Todavia, é difícil encontrar o adequado equilíbrio entre *eficiência* e *publicidade*. Por um lado, é fundamental que se confira a devida publicidade da negociação, base da consensualidade, a fim de evitar conluíus e a

quella, che ha il potere, dal punto di vista giuridico incondizionato di imporre la propria volontà ad altri, cioè il potere di comandare incondizionatamente e di costringere direttamente e con propri mezzi gli obbligati alla esecuzione del comando”. Principii di Diritto Amministrativo, p.121.

17 Cf. art. 8º, §3º, Lei 12.527/2011.

captura da Administração Pública. Porém, a excessiva publicidade pode comprometer o sucesso do acordo administrativo. Ocorre que muitas dessas negociações se desenrolam em mercados competitivos, em que os agentes econômicos zelam em manter sigilosas determinadas informações. Some-se a isso o fato de que a publicidade de todos os pontos da negociação pode afetar negativamente a reputação do agente econômico. Ainda, há que se considerar a diferença entre negociações envolvendo agentes econômicos, como se verifica predominantemente nas Agências Reguladoras, e pessoas físicas, a exemplo do que se observa na celebração de termos de compromisso pela CVM.

Em resumo, a excessiva publicidade pode ser um incentivo negativo à consensualidade, pela perspectiva do particular, enquanto a publicidade insuficiente pode ser determinante para o uso indevido da consensualidade. Este importante aspecto da consensualidade na Administração Pública ainda não foi enfrentando diretamente pelos órgãos e entes administrativos que dispõem de normas disciplinando seus respectivos acordos, fundamentalmente em razão da incipiência da prática da consensualidade na Administração Pública. Tendo em vista o dever regulamentar da Administração Pública, porém, este é um tema que necessariamente precisa ser objeto de normatização pelos órgãos e entes que dispõem de competência normativa e regularmente fazer uso da consensualidade para satisfação de suas finalidades públicas.

Muito embora a Lei Federal de Processo Administrativo não disponha de um permissivo genérico para a adoção de esquemas concertados pelo Poder Público federal, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) confere legitimidade para a celebração de termos de ajustamento de conduta (TAC) na esfera administrativa.¹⁸ Essa é a redação do art. 5º, §6º, da Lei:

“Art. 5º (...)

(...)

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

18 Nessa linha, cf. CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, *Acordos Substitutivos nas Sanções Regulatórias*, 2011, p. 137.

O TAC regido pela Lei da Ação Civil Pública tem sido utilizado pelo Ministério Público nas diversas ações civis públicas ajuizadas para fins de averiguação da legalidade nas práticas administrativas. No entanto, o preceito transcrito não apenas confere legitimidade ativa ao Ministério Público, como se depreende da leitura conjunta de toda a Lei, mas especialmente aos órgãos e entes públicos. Desse modo, a Administração Pública dispõe do instrumento do TAC definido na Lei da Ação Civil Pública para atuar de modo consensual nos casos que envolverem as seguintes matérias: meio-ambiente; consumidor; bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico; interesse difuso ou coletivo; infração à ordem econômica; e ordem urbanística.¹⁹ O regime jurídico desse instrumento é informado, portanto, pela Lei 7.347/85. A existência desse instrumento não impediu que normas fossem editadas pela Administração para prever arranjos consensuais mais adequados à correspondente dinâmica de relação administrativa, especialmente nos setores regulados, e que disciplinem de modo mais pormenorizado os meios de desenvolvimento e de formalização, conferindo maior segurança jurídica ao administrado.

Assim, dois são os principais instrumentos consensuais verificados no panorama normativo brasileiro que se apresentam nessa perspectiva restritíssima: os acordos integrativos e os acordos substitutivos.

Os *acordos integrativos* correspondem a outra manifestação da consensualidade no processo administrativo que precedem o ato final e visam exatamente a definir parte do conteúdo desta decisão administrativa. Ao contrário dos acordos substitutivos, os acordos integrativos não importam em terminação consensual do processo, dado que o seu principal objetivo é estabelecer o formato do ato administrativo com o manejo da discricionariedade administrativa. Assim, a prerrogativa imperativa é negociada nos acordos integrativos com a finalidade de (i) condicionar o ato administrativo final a uma obrigação consensualmente estabelecida, (ii) complementar de modo consensual o conteúdo do ato administrativo e (iii) adequar o ato final pela substituição de algum componente específico do ato administrativo.²⁰ No âmbito regulatório brasileiro, a principal finalidade dos acordos integrativos consiste em estabelecer os termos pelos quais um ato de

19 Cf. art. 1º, Lei 7.347/85.

20 Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Atuação Administrativa Consensual*, 2010, p. 119.

autorização será emitido pela autoridade pública competente, de modo que a autorização termina por ser condicionada ao cumprimento das obrigações pactuadas no acordo integrativo.²¹

Os *acordos substitutivos* correspondem aos acordos celebrados entre Administração Pública e particulares que importam na terminação consensual do processo administrativo mediante cumprimento das cominações pactuadas. A principal funcionalidade do acordo substitutivo consiste em apresentar uma alternativa à formalização da ação administrativa em atos imperativos e unilaterais na medida em que a decisão final se materializa em um acordo. Dentre os principais exemplos de acordos substitutivos estão o termo de ajustamento de conduta (TAC) e o termo de compromisso (TC), que no panorama administrativo assumem nomenclaturas diversas, como Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, no âmbito da ANATEL,²² e Termo de Compromisso de Cessação (TCC) no CADE.²³

Em regra, os acordos substitutivos são evidenciados nos processos administrativos sancionadores, no qual a competência sancionatória é manejada. No atual panorama normativo brasileiro, a funcionalidade do acordo substitutivo varia significativamente a depender do desenho que a autoridade pública lhe confira:²⁴ (i) substituir a sanção administrativa ao final do processo;²⁵ (ii) suspender o processo administrativo até o cumprimento das cominações pactuadas, quando, então, este processo será

21 Exemplo de acordo integrativo é conferido pela Resolução ANP 25/2008, cujo art. 12 assim dispõe: “[d]urante 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 riscos iminentes de dados, 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”.

22 Cf. Resolução ANATEL 629/2013.

23 Cf. Lei 12.529/2011.

24 Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*, 2010, p. 192.

25 É o que se verifica, por exemplo, na Resolução ANEEL 63/2004, nos termos do correspondente art. 21: “[p]oderá a ANEEL, alternativamente à imposição da penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada termo de

terminado consensualmente;²⁶ ou (iii) impedir a instauração de processo administrativo sancionador.²⁷ Em outros termos, este tipo de acordo *substitui* o processo administrativo ou o ato administrativo final, razão pela qual a sua denominação como *acordo substitutivo* – a exemplo do que se verifica no sistema italiano com os *accordi sostitutivi* da *Legge* 241/90 – mostra-se adequado ao Direito Administrativo brasileiro.

A disciplina jurídica dos acordos substitutivos não configura reserva de lei, de modo que a Administração Pública encontra-se plenamente legitimada para editar normas, no exercício de sua competência normativa, que prevejam esses acordos. Existindo ato normativo que disponha sobre o procedimento fundamental de celebração do acordo substitutivo, o órgão ou ente administrativo encontra-se legitimado a substituir da atuação imperativa pela consensualidade por meio da celebração de acordos substitutivos. A seguir serão apresentadas as etapas que informam este procedimento fundamental do acordo substitutivo, tomando como paradigma de análise o processo administrativo sancionador.

A proposta de acordo substitutivo pode ser apresentada tanto pelo órgão ou ente administrativo legitimado quanto pelo particular para defesa de direito ou interesse próprio. Ainda que eventual norma disponha apenas sobre a legitimidade ativa do Poder Público, o princípio do contraditório implica no reconhecimento do direito à apresentação de proposta e de contraproposta de acordo. De fato, sem que se reconheça essa possibilidade a natureza consensual da avença final pode ser questionada. Assim, a

compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis”.

26 Cf., por exemplo, Resolução ANS 48/2003, cujo art. 29 assim determina: “[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”.

27 É o exemplo da Resolução ANTT 442/2004, cujo art. 16 estipula que “[c]om 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)”.

iniciativa da atuação administrativa consensual pode tanto ser proveniente do Poder Público quanto do particular sujeito passivo do processo administrativo sancionador. Esta proposta deve ser juntada aos autos do processo administrativo sancionador ou ensejar a abertura de um processo administrativo em paralelo para negociação do acordo,²⁸ de acordo com o regime jurídico que lhe seja aplicável.

Etapa seguinte, a negociação do acordo substitutivo é hoje desenvolvida fundamentalmente por dois formatos principais. Primeiramente, esta negociação pode ser *documental*. Isso significa que propostas e contrapropostas serão apresentadas por escrito, em documentos que serão juntados ao processo administrativo. Previamente à discussão da proposta por escrito, pode-se realizar debate presencial, no qual serão recolhidas as principais impressões sobre o interesse de ambas as partes em transacionar, bem como o formato do acordo. Outro formato de negociação corresponde à negociação *presencial*, em que os termos do pacto serão definidos na “*mesa de negociação*”. Na experiência brasileira, esta tem sido uma tarefa conferida aos comitês de negociação.²⁹ Qualquer elemento compreendido na margem de discricionariedade administrativa relativa ao acordo pode ser objeto de negociação. Prazos, cominações, método de fiscalização do cumprimento das obrigações, valores envolvidos (quando for o caso) e divulgação de informações são exemplos de relevantes parâmetros de negociação dos acordos substitutivos.

Se frustrada a negociação, o processo administrativo sancionador prossegue para que seja terminado por meio de um ato administrativo unilateral e imperativo (sanção, ato de absolvição ou ato de extinção do processo, fundamentalmente). Porém, se a negociação for efetiva, o acordo substitutivo será formalizado e assinado pela Administração e

28 É o que se verifica no âmbito do CADE, cuja Resolução 5/2013 assim determina em seu art. 179, §2º: “o requerimento de termo de compromisso, independentemente dos autos do processo principal estarem em trâmite na Secretaria-Geral ou no Tribunal, será atuado de forma autônoma”.

29 Mencione-se, por exemplo, as Comissões de Negociação presentes no CADE para debates sobre o conteúdo do termo de compromisso de cessação (TCC) – art. 181 e ss. da Resolução CADE 5/2013 – e o Comitê de Termo de Compromisso no âmbito da CVM, disciplinado pela Portaria 71/2005, que deve apresentar parecer sobre a oportunidade e conveniência na celebração de termo de compromisso pelo Colegiado nos termos do art. 8º da Deliberação CVM 390/2001.

pelos compromissários. A íntegra do acordo deve ser publicada no Diário Oficial da União, sendo recomendável a disponibilização do mesmo em página eletrônica governamental para amplo acesso público. Os acordos substitutivos constituem título executivo extrajudicial.

As obrigações pactuadas podem ser de dois tipos: *fazer* ou *não fazer*. Assim, um acordo substitutivo poderá determinar o replantio de área degradada (obrigação de fazer) ou de cessar uma determinada atividade econômica que se entenda nociva ao mercado (obrigação de não fazer). No regime administrativo, a estipulação da obrigação de dar é interdito em razão de a Constituição Federal consagrar o dever de licitar em seu art. 37, inc. XXI. É recomendável que o cumprimento das obrigações não seja apenas averiguado ao final do prazo, mas preferencialmente por etapas, em que seja possível renegociar os termos originalmente pactuados visando a um resultado mais eficiente para o caso concreto.

Atestado o cumprimento do acordo, o processo é extinto, não importando confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta outrora objeto de discussão no processo administrativo sancionador. Essas são grandes motivações para a celebração de acordo substitutivo. No entanto, outras ainda podem ser mencionadas, notadamente o afastamento da reincidência em matéria sancionatória – dado que no panorama regulatório o valor das multas é geralmente majorado em caso de reincidência – e em razão do custo reputacional.

2. Viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar e a racionalidade consensual

O reconhecimento da consensualidade como efetivo mecanismo de exercício de funções públicas ensejou dúvidas quanto à viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar. A resistência aos acordos na esfera administrativa deve-se, na verdade, a uma fundada preocupação de que as negociações, intrínsecas à dinâmica da atuação administrativa consensual, pudessem ser utilizadas para fins espúrios ao Direito. O receio era de que esses acordos fossem simulacros de legitimidade de conluíus ou indevido beneficiamento de um particular. No Direito Administrativo brasileiro, a resistência à consensualidade na Administração Pública foi traduzida nos argumentos da supremacia do interesse público e na indisponibilidade do interesse público.

2.1 Viabilidade jurídica da atuação administrativa consensual

A resistência à consensualidade na Administração Pública pode ser resumida como se passa a expor. Pelo o argumento da supremacia do interesse público, a celebração de acordos administrativos terminaria por colocar em primeiro plano o interesse particular. A consensualidade não seria, nessa medida, um meio de consagração do interesse público, mas de recepção ilegítima do interesse particular por meio de negociações que a Administração não se encontra autorizada a realizar. Ocorre que, devido ao princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração é mandatária de um interesse – o interesse público – que não é próprio, mas de toda a coletividade. Uma vez que o interesse a ser objeto de transação não lhe pertence, a Administração estaria impedida de transacioná-lo. Em suma, o foco de resistência da consensualidade administrativa corresponde ao modo de compreensão do interesse público, elemento este que tem assumido posição central na teoria do Direito Administrativo brasileiro.

Desde a publicação do artigo *Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, de HUMBERTO ÁVILLA,³⁰ o princípio da supremacia do interesse público figura hoje como a mais relevante pauta de debates do Direito Administrativo, muito embora desde 1992 ODETE MEDAUAR se contraponha à validade jurídica desse princípio.³¹ Diversos artigos foram produzidos desde então, em defesa do princípio da supremacia do interesse público ou em repúdio à existência do princípio no sistema brasileiro. Qualquer tentativa de síntese desse debate no presente artigo seria superficial frente ao valor do debate em curso no Direito Administrativo brasileiro, razão pela qual este princípio e o seu correlato (indisponibilidade do interesse público) serão trabalhados à luz da consensualidade administrativa.

A celebração de acordos pela Administração Pública *não ofende o princípio da supremacia do interesse público*.

30 Para uma síntese do debate sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, cf. LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Na Encruzilhada Liberdade-Autoridade. A tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos*, 2013, p. 739-740.

31 Cf. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2003, p. 185-194.

Primeiramente, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado carece de fundamento normativo.³² Originário da doutrina de Direito Administrativo, este princípio tem assumido posição central nos escritos de direito administrativo mais em razão de deferência acadêmica que propriamente à expressa determinação do ordenamento jurídico, uma vez que inexistente norma que o preveja. Todavia, ainda que se reconheça valor ao princípio da supremacia do interesse público, tampouco a consensualidade administrativa pode ser compreendida, *a priori*, como uma afronta ao princípio da supremacia do interesse público. Pelo contrário, no caso concreto a celebração de acordo administrativo pode ser a própria materialização do interesse público tendo em vista os potenciais efeitos positivos da consensualidade frente à atuação administrativa imperativa, como a economia de tempo e recursos, bem como o direcionamento da decisão consensual para o problema colocado na situação fática.³³

A consensualidade administrativa *não implica em disponibilidade do interesse público*.

A grande atenção que se confere à adequação da consensualidade ao princípio da indisponibilidade do interesse público deve-se, em grande medida, à definição de arbitrabilidade objetiva pela Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), em seu art. 1º, *caput*: “[a]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim como o princípio da supremacia do interesse público,

32 Cf. HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, *Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre Particular*, 1998, *passim*.

33 “Cada vez mais a noção de interesse público apresenta-se plural, fluida, fragmentária, parcial e determinada concretamente em cada situação verificada. São vários os interesses legitimamente merecedores de tutela jurídica e, bem por isso, o interesse público tenderá cada vez mais a residir na harmonização e na composição entre esses interesses. Eis porque, ao final das contas, o interesse público poderá efetivamente residir na realização do acordo, e não propriamente na aplicação da sanção. Assim, em uma primeira perspectiva, os princípios de supremacia e de indisponibilidade do interesse público, independentemente de seu conteúdo real (se é que temos), podem apontar exatamente para a realização do acordo (identificado como o interesse público em uma dada situação concreta) e não para a aplicação cega da sanção prevista na regulamentação”. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e TATIANA MATIELLO CYMBALISTA, *Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção*, 2010, p. 41.

tampouco o princípio da indisponibilidade do interesse público encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro. De construção eminentemente teórica, desenvolveu-se na literatura de direito administrativo a compressão do princípio da indisponibilidade do interesse público como uma decorrência do princípio da supremacia do interesse público, o qual interditaria negociações envolvendo o Poder Público na medida em que este seria curador de interesse que não lhe é próprio, mas de terceiro (toda a coletividade).

Os acordos administrativos consistem em efetivos instrumentos de satisfação da finalidade pública, como já afirmado com relação ao princípio da supremacia do interesse público. Ora, um mecanismo de satisfação do interesse público não pode ser compreendido como um ato de disposição do interesse público. Ocorre que o interesse público, que orienta o agir administrativo, resulta do arbitramento público dos diversos interesses legítimos amparados na sociedade fragmentada e complexa.³⁴ O interesse público será, portanto, o resultado da composição dos diversos interesses envolvidos no caso concreto, que, no caso da consensualidade, se articula na fase de negociação do pacto. Nessa linha é o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 253.885, julgado em 2002:

“Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor de coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse”.³⁵

34 Esta é a tese de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO na obra *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, 2002, uma das principais referências do debate sobre o interesse público no Direito Administrativo brasileiro. Segundo o autor, “[n]ão se pode mais entender por interesse público algo tão genérico a ponto de se resumir ou pela negativa – como interesses não privados – ou a partir dos abstratos interesses definidos por um Estado plenipotenciário e distante dos reais interesses existentes no cada vez mais complexo corpo social. Ao nosso ver, deve-se hoje enfocar o interesse público como um elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade”. *Idem*, p. 148-149.

35 RE 253.885/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado por unanimidade de votos pela Primeira Turma do STF em 4 de junho de 2002.

Importante indicar que a celebração de acordos pelo Poder Público não significa em disponibilidade das competências administrativas. O fato de a Administração não exercer uma prerrogativa pública – como a prerrogativa sancionatória ou fiscalizatória – ou negociar a medida de exercício da mesma não implica em disposição do interesse público.³⁶ Desde que haja expressa previsão normativa, a celebração de acordos passa a ser mais uma opção de atuação administrativa que integra a esfera da discricionariedade administrativa. Compete à Administração Pública decidir o modo de exercício da função administrativa – se imperativo ou consensual –, no âmbito do processo administrativo e acompanhado da devida motivação.

Ainda, a dicotomia *interesse público primário* – *interesse público secundário* pouco auxilia na determinação da margem de negociação que o Poder Público dispõe na atuação administrativa consensual. Esta é uma classificação utilizada por uma corrente do Direito Administrativo para apartar os interesses da Administração como representante dos interesses da coletividade (interesse público primário) e na condição de pessoa jurídica (interesse público secundário).³⁷ No tema da consensualidade, tem-se defendido que apenas os interesses públicos secundários podem ser transacionados. Todavia, inexistente critério objetivo que permita, com relativa margem de segurança jurídica, diferenciar interesses públicos primários de secundários.

O mesmo argumento cabe na classificação dos atos administrativos em *atos de império* e *atos de gestão*.³⁸ Em relativo desuso, esta classificação foi retomada com a nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009),

36 Não se aplica, portanto, o art. 2º, *parágrafo único*, inc. II, da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/99), de seguinte redação: “[n]os processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

37 A origem da dicotomia interesse público primário v. interesse público secundário remete aos escritos de RENATO ALESSI. Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 2013, p. 65-70.

38 A dicotomia *atos de império* – *atos de gestão* se origina da necessidade operacional de definir quais atos praticados pela Administração Pública francesa seriam de competência do Conselho de Estado. Os atos de gestão, regidos pelo direito público, seriam questionados junto ao Conselho de Estado, ao passo que os atos de império, regidos pelo direito privado, seriam de competência da Justiça Comum. Em razão da

que afasta o mandado de segurança dos “*atos de gestão comercial*”.³⁹ Em razão da ampla consensualidade administrativa, os instrumentos consensuais se aperfeiçoam tanto em atividades tipicamente regidas pelo regime de direito privado, a exemplo do acordo de acionistas nas sociedades de economia mista, ou pelo direito público, em que se recolhe a maior parte dos casos de acordos substitutivos. A afirmação de que a Administração Pública encontra-se autorizada a apenas transacionar nas matérias compreendidas nos atos de gestão comercial não se coaduna com o atual cenário operacional da consensualidade na Administração Pública, tendo em vista as inúmeras normas que dispõem sobre instrumentos consensuais a serem aplicados em qualquer regime de disciplina da atividade administrativa.

A consensualidade administrativa estabelece uma relação de compatibilidade com o ordenamento jurídico, de modo que apenas as matérias expressamente vedadas em lei ou regulamento não podem ser objeto de celebração de acordo administrativo. É nesses termos que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) estabelece, em seu art. 17, §1º, ser “*vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput [ações de improbidade administrativa]*”.

É legítima, portanto, a celebração de acordos pela Administração Pública, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa. Mesmo que se reconheça a existência do princípio da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico, não se pode deixar de reconhecer que a celebração de acordos administrativos pode ser, no caso concreto, o efetivo interesse público que a Administração deve perseguir. Nessa linha, a celebração de acordos tampouco implica em disponibilidade do interesse público. São exatamente as potenciais vantagens da consensualidade em detrimento da atuação unilateral e imperativa que permitem afirmar que os acordos administrativos podem ser a solução ótima no caso concreto, equiparando-se ao interesse público, portanto.

influência do sistema francês sobre a construção do Direito Administrativo brasileiro, essa classificação foi recepcionada pela doutrina administrativista.

39 Cf. art. 1º, §2º, da Lei 12.016/2009, de seguinte redação: “[n]ão cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedades de economia mista e de concessionários de serviço público”.

Para melhor compreensão do exposto, vale analisar a racionalidade da consensualidade.

2.2 Consensualidade administrativa e seus potenciais efeitos positivos

Primeiramente, é necessário observar que a consensualidade administrativa consiste em um dos mais caros mecanismos de *governança pública*.⁴⁰ Em oposição à tradicional metódica de tomada de decisão administrativa – unilateral e imperativa, indiferente aos resultados práticos da medida –, a governança pública prevê um modelo de gestão pública orientado por determinada ordem de valores públicos que, embora possam sofrer variações de teórico para teórico,⁴¹ correspondem à seguinte listagem: (i) *problem-solving orientation*; (ii) interdependência público-privada; (iii) decisões administrativas provisionais; (iv) flexibilidade e busca por alternativas de eficiência; e (v) papel institucional do Poder Público de promoção de negociação e acordos entre partes interessadas no objeto da regulação.⁴²

A contextualização da consensualidade administrativa no panorama da governança públicas traz importantes implicações para a dinâmica de celebração de acordos administrativos. No exercício da discricionariedade administrativa, a Administração Pública passa a construir decisões consensuais, de comum acordo com o administrado, tomando por base esses valores públicos. Isso significa que os acordos administrativos devem ser endereçados ao caso concreto (*problem-solving orientation*), de modo que a decisão administrativa final seja mais que uma alternativa juridicamente viável para o caso concreto, mas que efetivamente seja um agregador para solucionar problemas concretos que se apresentam. Desse modo, ao invés de a Administração aplicar uma multa em razão de um

40 Para uma porta de entrada à temática da governança pública, cf. *A Governança e o Direito*, de JACQUES CHEVALLIER, traduzido (por THALES MORAIS DA COSTA) e publicado no Brasil em 2005.

41 Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Ensaio sobre a Boa Governança da Administração Pública a partir do Mote da “New Public Governance”*, 2013, p. 19 e ss.

42 Cf. JODY FREEMAN, *Collaborative Governance in the Administrative State*, 1997-1998, p. 22-33.

acidente ambiental ocasionado pelo regulado, pode, por exemplo, celebrar de um termo de ajustamento de conduta que preveja um plano de contenção dos danos percebidos neste específico acidente e a obrigação de elaborar um planejamento estratégico de prevenção de novos acidentes. Ganha importância, portanto, o desenho das cláusulas nos acordos administrativos.

A interdependência público-privada lança luzes para o papel do particular no exercício de funções públicas pela Administração. Trata-se, na verdade, de uma orientação que se coaduna com a emancipação do particular de mero destinatário das decisões administrativas tomadas unilateralmente pelo Poder Público para participe da construção das decisões que afetem seus interesses e direitos. Por essa razão a *colaboração* entre Administração Pública e administrados passa a ir além da delegação de serviços públicos por meio de contratos administrativos – fenômeno esse conhecido como *contratualização* – para também envolver a tomada de decisão administrativa. A interdependência público-privada estimula a participação administrativa, o controle social e, sobretudo, a consensualidade. A ideia de emancipação do particular reforça o instrumento da negociação, a qual deve ser efetiva, afastando-se, assim, os “*acordos de adesão*” por meio dos quais o particular apenas adere, ou não, à proposta de acordo desenhada unilateralmente pelo Poder Público.⁴³

O reconhecimento dos acordos administrativos como decisões provisionais implica em duas importantes consequências. Primeiramente, este aspecto aponta para a fungibilidade da decisão administrativa para a implementação de políticas públicas, valendo-se a Administração Pública dos acordos para tanto. Em segundo lugar, na condição de decisões provisionais, os acordos administrativos podem ter seus termos renegociados durante o cumprimento dos mesmos em razão da efetivação de um fato imprevisível ou para melhor endereçamento do caso concreto. Isso significa que a negociação não apenas se evidenciará no processo administrativo voltado à tomada de decisão pela Administrativa, decisão esta de caráter consensual, mas igualmente no procedimento de execução do pacto. Ocorre que a

43 Ainda que a estrutura dos “*acordos de adesão*” seja verticalizada, assemelhando-se à atuação administrativa típica, esses são efetivos acordos consensuais na medida em que se materializa por meio de acordo de vontades entre Poder Público e particulares. Esse dado chama a atenção da diversidade de acordos envolvendo a Administração Pública não apenas quanto ao tipo de instrumento, mas também com relação ao grau de abertura ao particular na negociação administrativa.

Administração Pública deve sempre se guiar para o alcance da decisão que se mostre a mais eficiente, promovendo a composição dos diferentes interesses envolvidos.

E quais são os atributos da consensualidade que podem fazer com que a celebração de um acordo administrativo se mostre como a decisão mais eficiente no caso concreto?

Diversas são as potencialidades da atuação administrativa consensual apontada pelos doutrinadores. Uma vez que os acordos administrativos resultam da convergência de vontades entre Poder Público e particulares, a decisão consensual tende a ser cumprida espontaneamente. O cumprimento espontâneo das obrigações pactuadas tende a reduzir sobremaneira a litigiosidade em torno da decisão administrativa e, assim, mantém a discussão jurídica no âmbito administrativo, sem que intervenção judicial. Por decorrência, os acordos administrativos terminam por serem respostas mais imediatas à sociedade diante de um determinado ato ao contrário de uma decisão imperativa, como a sanção, cuja plena exigibilidade pode ser marcadamente demorada.⁴⁴ Some-se a esses fatores a potencial economia de tempo e de recursos orçamentários na comparação com a edição de atos unilaterais e imperativos. O desenho de cláusulas obrigacionais endereçadas ao caso concreto constrói uma proposta de solução do problema concreto mais efetiva que a aplicação de soluções uniformes, como a sanção de multa. Nessa linha, a negociação em torno dos termos do acordo incrementa a confiança legítima do particular perante o Poder Público, corroborando para a afirmação do valor público de participação administrativa.

44 No caso da multa, principal sanção regulatória, por exemplo, o recolhimento do valor cominado pode demorar anos. A litigiosidade que resulta de sua aplicação faz com que o processo administrativo sancionador seja levado à apreciação do Poder Judiciário via mandado de segurança ou ação de execução fiscal. Consequentemente, a demora para o recolhimento de valores inibe uma resposta regulatória imediata do Poder Público às infrações administrativas, colocando em questionamento o papel de regulador da Administração Pública. Em levantamento estatístico do Tribunal de Contas da União sobre a relação entre multas aplicadas pelos entes reguladores e recolhidas, entre 2005 e 2009, constatou-se que no período o IBAMA arrecadou apenas 0,6% dos valores cominados; a CVM, 1,1%; a ANS, 2,1%; e a ANEEL, 26,0%. Os melhores desempenhos ficam para a ANATEL (82,6%), ANA (75,2%) e ANVISA (65,8%). Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_09/Textos/Ficha%204%20-%20Arrecadacao%20de%20Multas.pdf. Acesso em 19 de janeiro de 2014.

Todos esses efeitos positivos listados, porém, são *potenciais*. Não necessariamente a celebração de acordos administrativos irá congrega todas essas benesses. Por outro lado, também é necessário considerar os potenciais efeitos positivos da atuação administrativa unilateral. A decisão pela celebração de acordo administrativo deve ser tomada discricionariamente, considerando as especificidades do caso concreto para a modelagem da decisão que se mostre a mais eficiente. Trata-se de uma formulação eminentemente empírica, lastreada em estudos de caso e análises de custo-benefício. Por essa razão, é fundamental que o Poder Público mantenha banco de dados cuja posterior análise permita reconhecer o desempenho dos acordos administrativos no setor e, assim, orientar uma tomada de decisão mais qualificada.

3. O Poder Judiciário e a consensualidade administrativa: efetivação e controle

O Poder Judiciário desempenha um papel primordial na afirmação da consensualidade na Administração Pública. Como será analisado, a Reforma do Judiciário chamou atenção para a efetividade das providões na mesma medida em que apontou para a instrumentalidade procedimental, abrindo o sistema aos métodos alternativos de solução de litígios, tais quais a mediação, a conciliação e a arbitragem. No entanto, ao se relacionar diretamente com a consensualidade administrativa, o Poder Judiciário também passa a ser uma variável de análise da efetividade dos acordos firmados pela Administração Pública.

Devido a potencial redução da litigiosidade na consensualidade administrativa, o controle judicial dos acordos celebrados pelo Poder Público será fundamentalmente motivado (i) por terceiros que se sintam prejudicados pela celebração do pacto ou (ii) por instituições de controle, que acionarão o Judiciário para requerer a invalidação do acordo diante de denúncias de ilegalidade na celebração do pacto, nos termos do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

3.1 A consensualidade administrativa em sentido amplo efetivada no âmbito judicial

Desde a década de 1990 tem-se evidenciado um movimento de valorização de instrumentos de solução extrajudicial de conflitos, que não

se limita à esfera administrativa. Pelo contrário. O grande protagonista dessa guinada no método de resolução de conflitos foi o próprio Poder Judiciário, que paulatinamente se abriu a instrumentos negociais, com especial ênfase para a conciliação e a mediação. Como pano de fundo estava a preocupação com a efetividade da resolução de conflitos, o que ensejou profundas reflexões sobre a efetividade dos provimentos judiciais e a criação ou aperfeiçoamento de métodos alternativos de resolução de conflitos. Essa ordem de preocupação alcança a Administração Pública e faz com que a pauta da consensualidade se afirme também na esfera administrativa.

Desse modo, a consensualidade na esfera administrativa não é um fenômeno à margem das pautas processuais civis e penais, bem como dos debates sobre a gestão judiciária. Na verdade, o desenvolvimento da consensualidade na Administração Pública brasileira é reflexo do crescimento dos instrumentos de resolução alternativa de conflitos, primordialmente. Com as demandas por participação administrativa e em razão de necessidades pragmáticas de operacionalização da atividade administrativa, a consensualidade se afirmou como uma das principais tendências administrativas.

É nesse contexto que a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) previu os institutos da conciliação⁴⁵ e da transação penal.⁴⁶ Com a Emenda Constitucional 22/99, a Constituição Federal determinou a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal em seu art. 98, *parágrafo único*. Assim, foi editada em 2001 a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001),⁴⁷ a qual também prevê os instrumentos de conciliação e

45 Nos termos do art. 21 da Lei 9.099/95, as vantagens da conciliação devem ser necessariamente indicadas às partes em litígio. O procedimento básico da conciliação é determinado pelo art. 22 da referida Lei.

46 Cf. art. 76 da Lei 9.099/95.

47 A influência da Emenda Constitucional 22/99 na edição da Lei 10.259/2001 fica clara na correspondente exposição de motivos: “[a] Emenda Constitucional n. 22, de 1999, acrescentou parágrafo único ao art. 98 da Magna Carta com o propósito de que lei federal disponha sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, de modo que as lides de menor potencial econômico ou ofensivo possam ser resolvidas rapidamente com maior agilidade e baixo custo, fazendo com que a primeira instância federal siga o exemplo da bem-sucedida experiência dos Juizados Especiais Estaduais, criados pela Lei n. 9.099/1995”.

transação penal.⁴⁸ Dispõe a Lei dos Juizados Especiais Federais de verdadeiro permissivo genérico para a celebração de acordos na esfera judicial:

“Art. 10, parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”.

Some-se a esse quadro as sucessivas alterações do Código de Processo Civil⁴⁹ voltadas a conferir maior celeridade à tramitação do processo civil, bem como disciplinar os institutos da conciliação e da arbitragem.⁵⁰ Aplica-se aos litígios públicos a regra do art. 227 do CPC, realizando-se audiência preliminar de conciliação. Com relação à arbitragem, este seria um instrumento que receberia grande atenção com a edição da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96).

48 Cf. art. 2º, *parágrafo único*, art. 3º, *caput*, art. 9º, bem como art. 10 e ss. 12 da Lei 10.259/2001. A disciplina básica da consensualidade administrativa em sentido amplo é dada pelo Decreto 4.250/2002, que regulamenta a representação judicial da Administração Pública Direta e Autárquica federal. Nos termos do art. 2º, *caput*, do Decreto 4.250/2002, “[c]ompete ao Advogado-Geral da União expedir instruções referentes à atuação da Advocacia-Geral da União e dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, bem como fixar as diretrizes básicas para conciliação, transação, desistência do pedido e do recurso, se interposto”. Esta regulamentação é hoje dada pela Portaria 109/2007 da AGU, que autoriza a transação judicial ou a desistência de recurso nos casos de existência de erro administrativo reconhecido pela autoridade pública competente ou diante da ausência de controvérsia quanto à matéria de fato ou de direito (art. 3º, inc. I e II). Os acordos devem observar, necessariamente, os valores máximos dispostos na Lei 10.259/2001 (art. 3º, §2º). O mesmo preceito ainda obsta a realização de acordos judiciais envolvendo a Fazenda Pública nas hipóteses em que se discute penalidade aplicada a servidor público; nos casos de dano moral, salvo se o agente for vinculado a entidade privada delegatária; ou nos litígios fundados exclusivamente em matéria de direito (art. 3º, §3º).

49 Cf. Lei 8.952/94, Lei 8.953/94, Lei 9.245/95 e Lei 9.307/96.

50 Sobre a dinâmica de celebração de acordos judiciais segundo o rito do Código de Processo Civil, cf. LUCIANE MOESSA DE SOUZA, *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos e Mediação de Conflitos Coletivos*, 2010, p. 194-195.

Todo esse movimento envolveu, portanto, a Administração Pública. Nessa toada, em 1991 foi editada a Lei 8.197 para disciplinar a transação judicial envolvendo a Administração Pública. Revogada pela Lei 9.469/97, esta é atualmente a Lei que disciplina as transações judiciais envolvendo a Administração Pública federal, de competência do Advogado-Geral da União⁵¹ – diretamente ou mediante delegação – ou dos dirigentes máximos das empresas públicas federais não dependentes. Tem-se na Lei 9.469/97 verdadeiro permissivo genérico para a celebração desses acordos ou transações judiciais nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).⁵² Nos litígios cujo valor da causa sobreje o valor discriminado, a terminação consensual de processo judicial condiciona-se à autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República da pasta correspondente; do Presidente da Câmara dos Deputados; do Presidente do Senado Federal; do Presidente do Tribunal de Contas da União; do Presidente do Tribunal; do Presidente do Tribunal ou Conselho; do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário; ou do Ministério Público da União.⁵³ No caso das empresas públicas não dependentes e das sociedades de economia mista, embora estas não estejam expressamente mencionadas na Lei, é suficiente a prévia e expressa anuência do correspondente dirigente máximo.

Com relação à celebração de ajustes de conduta no processo judicial, a Lei 9.469/97 passou a dispor do art. 4-A, acrescido pela Lei 12.249/2010, que prevê a competência da Advocacia-Geral da União para celebração do pacto e suas correspondentes cláusulas obrigatórias, nos seguintes termos:

“Art. 4-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da

51 A competência da Advocacia-Geral da União para transacionar é depreendida da Lei da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar 73/93), cujo art. 4º, inc. VI, determina dentre o rol de competências da instituição “(...) *desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente*”.

52 Cf. art. 1º, *caput*, da Lei 9.469/97.

53 Cf. art. 1º, §1º, da Lei 9.469/2013.

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 da 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”.

Mencione-se, ainda, a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta no âmbito da ação civil pública, nos termos do art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85.⁵⁴

3.2 Parâmetros de controle à luz da teoria dos atos administrativos

O envolvimento do Poder Judiciário com a consensualidade administrativa não se limita apenas ao âmbito judicial, na qualidade de arena de negociação e transação envolvendo o Poder Público. É notável a importância do controle judicial para o êxito da consensualidade administrativa: rígidos controles podem ser incentivos negativos à celebração de acordos administrativos, além de minar um dos principais atrativos da celebração de pactos pelo Poder Público, qual seja, a redução da litigiosidade. No entanto, diante do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, o controle judicial da consensualidade administrativa tanto é juridicamente viável, quanto integra a dinâmica da execução desses acordos. Como analisado, terceiros que se sintam prejudicados com a celebração de acordos podem requerer a invalidação do pacto pelo Judiciário. Nessa toada, órgãos de controle, como o Ministério Público, encontram-se igualmente legitimados para questionar a validade de um determinado pacto administrativo em juízo.

Ao analisar o papel do Judiciário no controle das análises de custo-benefício desenvolvidas pela Administração Pública norte-americana, CASS

54 Cf. item 2.3. deste texto.

SUNSTEIN defende a adoção de uma postura de *soft look*,⁵⁵ contrapondo-se à tradicional *hard-look doctrine*, em que o controle mostra-se mais incisivo pela análise rigorosa dos elementos de instrução probatória e possibilidade de substituição da decisão administrativa final pela sentença judicial. Considerando a natureza consensual dos acordos administrativos e, por decorrência, o valor da fase de negociação para o acordo de vontades, é imprescindível que essa postura de maior deferência à decisão administrativa final seja observada também no controle judicial da consensualidade administrativa. Porém, quais seriam os parâmetros do controle judicial sobre a atuação administrativa consensual? Na sequência, as linhas de orientação desse modo de controle serão apresentadas em duas perspectivas de análise: (i) os parâmetros de controle à luz da teoria dos atos administrativos e (ii) os parâmetros de controle processual.

3.2.1 Parâmetros de controle à luz da teoria dos atos administrativos

Um dos pontos de debate sobre a consensualidade administrativa corresponde à questão de sua natureza jurídica. Afinal, seriam os acordos celebrados pelo Poder Público atos ou contratos administrativos? Esta tem sido uma relevante pauta na linha de pesquisa sobre a atuação administrativa consensual na medida em que o posicionamento por um ou outro lado tem implicações significativas na determinação do regime jurídico da consensualidade administrativa.

Tende-se a aceitar a natureza contratual dos acordos pelo Poder Público no âmbito do processo administrativo. Alguns publicistas, inclusive, defendem a aplicação subsidiária da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) a esses acordos administrativos. A razão

fundamental para considerar os acordos administrativos como efetivos contratos administrativos decorre da característica estrutural comum de “*convergência de vontades*”, imprescindível à formalização de ambos os institutos em análise.⁵⁶ Em outros termos, à semelhança dos contratos administrativos os acordos celebrados pela Administração se formalizam a partir do acordo de vontade entre as partes envolvidas. A natureza contratual dos acordos administrativos, nessa perspectiva de análise, seria inquestionável.

Todavia, o atual ordenamento jurídico não admite mais uma única tipologia de contrato administrativo. Como demonstrou FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, o Direito Administrativo admite hoje diversos esquemas contratuais, disciplinados por regimes jurídicos específicos.⁵⁷ Não se nega a essência contratual dos acordos administrativos, mas isso não significa que a eles devam ser aplicados os preceitos atinentes aos contratos administrativos típicos. A dinâmica consensual que lastreia a negociação da prerrogativa imperativa afasta os acordos administrativos da categorização dos contratos administrativos típicos, regidos pela Lei 8.666/93. Tampouco a eles se aplicam as normas atinentes aos demais esquemas contratuais regidos

56 “Este acuerdo es, en tanto que forma convencional de terminación del procedimiento administrativo, una forma alternativa de desarrollo de la actividad administrativa unilateral, teniendo objeto y contenido idénticos a ésta. Supone, por ello mismo, un ejercicio de las potestades administrativas acordado o consensado con las partes en el procedimiento administrativo, lo que vale decir una terminación última acordada o consensada del Derecho en el caso concreto. El acuerdo o consenso expresa, a su vez, el dato de la participación directa de la voluntad de sujetos distintos a la Administración (incluso privados) en el resultado del ejercicio de las potestades administrativas. El *quid novum* de esta forma alternativa de actividad administrativa radica justamente en que la voluntad de los ciudadanos contribuyen directamente, como tal, a establecer los términos y condiciones de las relaciones jurídico-administrativas concretas, haciendo emerger éstas al primer plano del Derecho administrativo”. LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español*, 2003, 23.

57 Cf. *Teoria do Contrato Administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*, 2010, p. 336 e ss. O autor classifica em três grandes categorias os contratos previstos no Direito Administrativo brasileiro: os módulos de cooperação, os módulos de concessão, os módulos convencionais instrumentais e os módulos convencionais substitutivos de atos unilaterais. Os acordos celebrados pela Administração no âmbito do processo administrativo no se encaixariam na última figura, variando conforme o tipo de acordo administrativo em análise. *Idem, ibidem*.

55 Cf. *The Cost-Benefit State*, 2002, p. 125. Segundo o autor, “[t]here are several advantages of this approach [soft look], especially if with consider the institutional role of the courts. A serious problem with intense judicial review of agency action is that it creates delay – and hence ensures a bias in favor of the status quo. In light of the inevitable scientific uncertainties, it should exceptionally easy for a skillful advocate to challenge almost any national standard as either too high or too low. (...) In order to allow agencies room to maneuver in the face of scientific uncertainty, it would be reasonable to say that on the basis of minimally plausible evidence, courts should simply uphold the relevant decisions”. *Idem, ibidem*.

por legislação especial, como os consórcios públicos ou as concessões (comuns, administrativas ou patrocinadas), por exemplo.

Os acordos administrativos constituem um tipo especial de contrato, particularizados por envolverem a negociação do modo de exercício dos poderes públicos. Nessa linha, os acordos administrativos terminam por se configurar em *atos administrativos bilaterais*,⁵⁸ razão pela qual a teoria dos atos administrativos importa para a delimitação dos parâmetros de controle judicial da consensualidade administrativa.⁵⁹

Pela teoria dos elementos do ato administrativo, notavelmente difundida no Direito Administrativo brasileiro, o ato é fundamentalmente composto por sujeito (autoridade competente), motivo (a razão de fato que enseja a edição do ato), objeto (o conteúdo do ato), forma (o modo de exteriorização do ato) e a finalidade (o objetivo do ato).⁶⁰ Mais do que compreender a anatomia do ato administrativo, a relevância do estudo dos elementos do ato administrativo está na detecção dos vícios do ato administrativo a partir de sua metódica, o que orienta a invalidação dos atos administrativos. Da teoria dos elementos do ato administrativo são extraídos dois parâmetros de controle judicial da consensualidade administrativa: o vício quanto ao sujeito e o vício quanto à forma.

Um acordo administrativo pode ser declarado inválido pelo Poder Judiciário na medida em que a autoridade que o firmou não era competente para transacionar. Toma-se o exemplo de um termo de compromisso que fora irregularmente firmado por Diretor da CVM, quando deveria ter sido objeto de deliberação do Colegiado, nos termos do art. 9º da Deliberação CVM 390/2001. Neste caso, o acordo substitutivo é inválido por vício com relação ao sujeito. O acordo ainda pode ser inválido pelo mesmo vício quando não se tenha observado o procedimento interno de instrução e negociação do

58 Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA e VITOR RHEIN SCHIRATO, *Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito*, 2009, *passim*.

59 Sobre a relação entre a teoria dos atos administrativos e a consensualidade, cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Como a Teoria do Ato Administrativo pode ser Aproveitada na Prática da Consensualidade?*, 2011, *passim*.

60 Cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, 2012, p. 356. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ainda indica a *causa* como mais um elemento do ato administrativo, correspondente ao “*vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato*”. *Curso de Direito Administrativo*, 2013, p. 412.

acordo administrativo e, assim, um determinado órgão competente não tenha participado de sua negociação. É o caso, por exemplo, da negociação de um determinado acordo feita diretamente por um Diretor da ANATEL em detrimento da Comissão de Negociação prevista no art. 9º da Resolução 629/2013 da Agência. Por sua vez, o vício de forma implica na invalidação dos acordos administrativos na medida em que a estrutura determinada em regulamento não foi plenamente atendida. É o que se verifica, por exemplo, com a ausência de previsão de uma cláusula obrigatória no acordo administrativo. Também estão compreendidos nesse tipo de vício os exemplos de falta de publicação do pacto e de uso inadequado do instrumento consensual, como se verifica na celebração de um acordo integrativo ao invés de um acordo substitutivo nos processos administrativos sancionadores.

Incumbe ao Judiciário declarar a invalidação dos acordos maculados com vício quanto ao sujeito ou quanto à forma. Para correta verificação da validade dos acordos administrativos, é imprescindível que o Poder Judiciário considere *todas as normas* que informem o regime jurídico de cada um dos acordos administrativos em questionamento judicial. Ocorre que uma das mais relevantes características da consensualidade corresponde ao regime jurídico multifacetado regime dos acordos celebrados pela Administração Pública.

Por um lado, a ausência de um permissivo genérico nas leis gerais de processo administrativo impede a mínima uniformização dos pactos celebrados pelo Poder Público. No entanto, o principal fator de fragmentação do regime jurídico dos acordos administrativos corresponde à atipicidade inerente a essas figuras, cuja negociação é a base da delimitação do conteúdo dos acordos. Ainda, a instrumentalidade dos acordos administrativos determina que eles sejam modelados de modo a melhor satisfazer as particularidades operacionais e técnicas de cada setor regulado para melhor satisfação das finalidades públicas. Por essa razão os termos de compromisso da CVM são disciplinados de modo muito diferente dos termos de ajustamento de conduta em matéria ambiental.

Quer-se com isso afirmar que inexistente uma solução única para o aperfeiçoamento da atuação administrativa consensual. O Direito Administrativo recepciona as diversas modulações de acordos administrativos, cabendo ao juiz, quando do controle da consensualidade administrativa, compreender o regime jurídico de cada tipo de acordo levado à apreciação judicial. Assim, o dever de legalidade não se encerra

na adequação entre a atividade administrativa consensual e a lei formal, mas compreende todas as normas que estrutura e dinamizam os acordos administrativos, inclusive os regulamentos administrativos.

3.2.2 O foco do controle judicial da consensualidade no processo administrativo

O lugar da consensualidade na Administração Pública é no *processo administrativo*. Qualquer que seja a sua manifestação, como a seguir será analisado, esta necessariamente se apresenta no curso de um processo administrativo, instaurado pela Administração Pública para exercício de suas competências administrativas.

O movimento de *processualização da atividade administrativa* tem como marco inicial as grandes leis do Direito Administrativo, como o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1939 (Decreto-Lei 1.713/39), que previa o processo administrativo disciplinar,⁶¹ e a Lei de Desapropriação de 1941 (Decreto-Lei 3.365/41), que disciplina o processo de desapropriação. Fora das hipóteses de expressa previsão legal, o processo administrativo não era a regra da ação administrativa. Digno de nota é o papel histórico do Supremo Tribunal Federal em submeter o Poder Público à realização de processo administrativo a partir da interpretação da cláusula da ampla defesa presente, que desde a Constituição de 1934 está prevista nas Constituições brasileiras. Com a edição das leis gerais de processo administrativo, notadamente a Lei Federal de Processo Administrativo, é inquestionável a determinação do *dever de realizar processo administrativo* pelo Poder Público. É o que se extrai da leitura do art. 1º, §1º, da referida Lei: “[o]s preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de *função administrativa*”⁶² (destaquei).

Muito embora ainda seja um movimento incompleto, a processualização da atividade administrativa enseja a compreensão das ações públicas no âmbito processual. É no âmbito do processo administrativo, regido pelo contraditório e a ampla defesa, que são recolhidas e analisadas

61 Atualmente o processo administrativo disciplinar é regido pela Lei 8.112/90.

62 Art. 1º, §1º, Lei 9.784/1999.

as informações para tomada de decisão mais aderente às especificidades do caso concreto. Por meio desta metódica, confere-se racionalidade à formulação do ato administrativo final, o qual passa a ser uma decorrência lógica das fases processuais, de modo que uma decisão discrepante do processo ou que não considere seus elementos é inválida por vício de motivação. Ainda, a instauração de processo pela autoridade administrativa torna pública suas ações, viabilizando o controle, inclusive social, da atuação administrativa.⁶³ Devido ao princípio do contraditório, que por uma corrente interpretativa distingue processo de procedimento administrativo,⁶⁴ o particular pode defender seus direitos e interesses no âmbito do processo. Para tanto, encontra-se plenamente legitimado pela Lei Federal de Processo Administrativo para apresentar documentos que devem ser considerados na decisão final pela autoridade competente,⁶⁵ participar por meio de audiências e consultas públicas,⁶⁶ quando abertas, e interpor recurso administrativo.⁶⁷ Não por outra razão os administrativistas apontam o processo administrativo como instrumento de diluição do poder, verdadeiro instrumento democrático na Administração Pública.

A processualidade administrativa assume importância inquestionável no manejo da consensualidade. Primeiramente, é por meio do processo administrativo que a decisão de natureza consensual é desenhada. É em seu âmbito que a negociação dos termos do pacto é realizada, com ampla publicidade e dinamizada pelo contraditório. Também no curso do processo administrativo são reunidos os documentos que compõem a instrução probatória e com base nos quais a decisão administrativa será tomada, seja ela uma decisão de caráter consensual, seja de caráter imperativo. Os atos administrativos sequenciais que instruem o processo administrativo

63 Sobre o valor do processo administrativo para a dinâmica participativa do particular na Administração Pública, cf. CARLOS ARI SUNDFELD, *Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*, 2006, *passim*.

64 Cf., por todos, ODETE MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2008, p. 22 e ss.

65 Cf. art. 3º, inc. III, da Lei 9.784/99.

66 Cf. art. 32 e art. 33 da Lei 9.784/99.

67 Cf. art. 56 da Lei 9.784/99.

informam o objeto da decisão final e, por esta razão, devem necessariamente ser considerados no desenho do acordo administrativo.

Em outros termos, o controle da consensualidade administrativa pelo Poder Judiciário é eminentemente um *controle procedimental*.

O foco do controle judicial *não recai sobre o acordo administrativo*. Em outros termos, a revisão judicial não deve se voltar a verificar a oportunidade e a conveniência de a Administração Pública celebrar o acordo administrativo. Tampouco deve o Judiciário reavaliar a ponderação de custo-benefício das cláusulas compromissórias pactuadas no acordo. Com relação ao acordo administrativo, como analisado, cabe ao Judiciário verificar se o mesmo cumpre com os requisitos formais e atende à regra de competência tanto para negociação quanto para celebração do pacto. Apenas no caso de o questionamento vir de terceiro que se sinta prejudicado com os termos do acordo será possível o Judiciário adentrar no conteúdo da decisão.

Esse raciocínio pressupõe que o acordo foi celebrado após longa jornada processual de negociação dos termos do pacto, com análise detida do caso concreto e desenho consensual da solução jurídica visando ao melhor atendimento das finalidades públicas. Trata-se de uma atividade complexa, que envolve tratativas, análises de custo-benefício e criatividade para modelar um acordo que efetivamente enderece ao caso concreto. Há um *custo* relacionado ao controle judicial da consensualidade: tempo, custos econômicos, litigiosidade, manutenção de um problema prático sem solução e quebra da confiança legítima do particular na Administração Pública. Na ponta, o incisivo controle judicial pode gerar um tipo de externalidade negativa, de natureza comportamental, que não pode ser desconsiderado, qual seja, o desincentivo à propositura de acordos pelos particulares. Diante da previsibilidade de judicialização do caso concreto e de substancial revisão judicial da decisão administrativa, o particular irá acionar diretamente o Poder Judiciário em detrimento de tentar solucionar o conflito concreto pela via consensual.

Outros fatores ainda podem ser mencionados como determinantes a uma postura menos incisiva do controle judicial da consensualidade administrativa. O primeiro deles corresponde à capacidade técnica para desenhar a solução consensual endereçada ao caso concreto, que pode apresentar grande sofisticação técnica especialmente no âmbito dos setores regulados. Os acordos administrativos resultam do manejo de ampla margem de discricionariedade pela Administração Pública visando à superação de

um impasse ocasionado pela parte compromitente. Há direta relação entre o conteúdo do acordo e as especificidades do caso concreto, o que termina por fazer dos acordos instrumentos eminentemente técnicos moldados por cláusulas de grande especialização técnica. A questão de capacidade institucional apresenta-se na dinâmica da atuação administrativa consensual. Some-se a isso o grau de informação que o Judiciário não possui na comparação com o Poder Público, já que não participou de todo o processo de negociação dos termos do pacto.

Todos esses fatores determinam que a lógica do controle da consensualidade administrativa aproxima-se do *deference test* norte-americano firmado no notório caso *Chevron*.⁶⁸ Informado por duas etapas bem definidas o *deference test* orienta um modo de controle que considera as questões acima salientadas (competência para tomada de decisão administrativa, capacidade institucional e grau de informação).⁶⁹ Projetando-se a análise para o controle judicial da consensualidade administrativa, tem-se o quadro que se passa a apresentar. Na primeira fase, o juiz verifica se a interpretação das normas que dispõem sobre o acordo administrativo dada pelo Poder Público viola alguma determinação clara de seus preceitos. Na próxima fase, então, o juiz verifica se a interpretação é razoável, ou seja, se o conteúdo do pacto é razoável tendo em vista as determinações normativas. Caso não se verifique qualquer erro grosseiro de interpretação e o objeto do pacto se mostrar razoável, então o Judiciário deverá ter uma postura de deferência à decisão consensual.⁷⁰

Assim, o controle judicial da consensualidade administrativa é um controle marcadamente processual, o que significa que o foco de atenção do juiz deve ser deslocado para a regularidade na tomada de decisão administrativa, qualquer que seja ela (consensual ou imperativa). Primeiramente, deve-se verificar se todas as *fases procedimentais* previstas no regime jurídico aplicável ao acordo administrativo foram respeitadas,

68 CHEVRON U.S. INC. v. NATURAL RESOURCES DEFENCE COUNCIL INC., 467 U.S. 837, 1984.

69 Para um panorama do *deference test* no sistema norte-americano, cf. Linda R. Cohen e Matthew L. Spitzer, *Judicial Deference to Agency Action: a rational choice theory and an empirical test*, 1995-1996, *passim*.

70 Nessa linha, cf. ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO e PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO, *As Ações do Ministério Público em Matéria de Regulação e a Importância dos Instrumentos Consensuais*, 2012, 46 e ss.

incluindo a fase de negociação administrativa. Outro elemento de análise corresponde ao atendimento do *principio da publicidade* administrativa, de modo que todos os atos interlocutórios tenham sido devidamente publicados para amplo conhecimento, conforme a Lei de Acesso à Informação Pública, o que tanto permite o controle social quanto a intervenção de terceiros interessados ao procedimento de celebração de acordos administrativos.⁷¹

Por fim, o controle procedimental implica na análise da *motivação* da decisão final, ou seja, da exposição das razões de fato e de direito⁷² que ensejaram a celebração de acordo administrativo. Incumbe ao Judiciário o importante papel de averiguar a qualidade da tomada de decisão, funcionando como *veto player* das ações administrativas inválidas por insuficiência exposição das razões de fato e de direito que ensejaram a celebração do pacto. A importância da motivação é evidente. Tradicionalmente a sua importância vem atrelada ao tema do controle, de modo que a exposição dos argumentos jurídicos que informam a produção do ato administrativo serve de parâmetro para a elaboração da peça processual que promoverá o controle da decisão administrativa. No entanto, com o reconhecimento da instrumentalidade dos institutos de direito administrativo para a efetivação de políticas públicas, a importância vai além. É a motivação a descrição do “*plano de governo*” da política pública, que permite tanto melhor compreender a política pública quanto aplicá-la de modo mais eficaz.

Nessa linha, é imprescindível a relação entre processo administrativo e conteúdo final da decisão: um ato administrativo que não se apoie em elementos trazidos ao processo administrativo padece de vício de motivação. Como analisado, a decisão administrativa é construída no curso do processo administrativo, ato a ato, mediante análise dos documentos probatórios que instruem o processo. Para a consensualidade administrativa, a motivação da decisão consensual é de grande relevância. Primeiramente, é na motivação que o caso concreto será relacionado à decisão consensual, uma vez que será apresentada a justificativa pela qual a atuação administrativa consensual se mostra mais eficaz para a satisfação de finalidades públicas na comparação com a imperatividade. A análise dos custos e dos benefícios

71 Esse também é o posicionamento de LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español*, 2003, 34.

72 Cf. art. 50 da Lei 9.784/99.

relacionados à consensualidade será realizada na fase de motivação,⁷³ assim como o modelo do acordo administrativo, com as correspondentes cláusulas compromissórias, será justificado considerando o caso concreto. Uma motivação demasiadamente abstrata ou superficial, desconexa, portanto, com o caso concreto, é indício de que a negociação é um mero *simulacro*. Cabe ao Judiciário essa importante análise quando do controle da consensualidade administrativa.⁷⁴

Como se pode perceber, o controle do “*mérito*” do acordo administrativo pelo Judiciário ainda se faz presente. Todavia, trata-se de um controle bem menos incisivo que o tradicional, muitas vezes orientado apenas pelos princípios da Administração Pública. Em razão de a competência para a celebração dos acordos administrativos ser matéria de *reserva de administração*, o Judiciário não se encontra legitimado a se colocar na posição da Administração Pública para celebrar um acordo em substituição àquele firmado pelo Poder Público com o particular.

Considerações finais

Assim como o paradigma da imperatividade dirige a ação administrativa nos diversos órgãos e entes administrativos, conferindo

73 “Evidentemente que o emprego de vias alternativas mais eficientes não pode ser confundido ou equiparado à mera arbitrariedade em abandonar ou descuidar do poder-dever de sancionar, no sentido mais amplo, ou seja, de oferecer resposta eficiente e dissuasiva à violação ocorrida. Eis porque o abandono da aplicação da sanção deve ser necessariamente precedido do sopesamento das diversas alternativas colocadas à disposição do regulador para executar plenamente suas competências regulatórias, da quais a sancionatória não é senão uma das facetas. Deverá tratar-se de uma decisão consciente, motivada, revestida de objetividade, moralidade, impessoalidade e dos demais atributos de que deve ser revestido um ato administrativo”. FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e TATIANA MATIELLO CYMBALISTA, *Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção*, 2010, p. 37.

74 “Em cada caso, pois, a celebração de um acordo substitutivo deve ser motivada, indicando-se o benefício auferido com o compromisso e sua correspondência com o valor das sanções que poderiam ser aplicadas em razão do suposto descumprimento da legislação. Será a motivação – expressa no próprio acordo substitutivo ou nos atos e manifestações que lhe sirvam de fundamento – o instrumento de controle e de legitimação do acordo”. CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, *Acordos Substitutivos nas Sanções Regulatórias*, 2011, p. 148.

o pressuposto de análise da teoria do Direito Administrativo, também o controle judicial encontra-se adstrito ao modelo de atuação administrativa por meio de atos imperativos e unilaterais para a satisfação de finalidades públicas. Como analisado ao longo desse texto, a imperatividade corresponde a apenas um modo de exercício da função administrativa para satisfação das finalidades públicas. A consensualidade aponta para outros meios de cumprimento das competências administrativas, em que o acordo de vontades entre Administração e particulares assume posição central frente à imposição verticalizada de decisões pelo Poder Público. E, de fato, cada vez mais são recorrentes as previsões de acordos administrativos na esfera administrativa.

Para a afirmação da consensualidade na esfera administrativa, porém, é imprescindível que o Poder Judiciário cumpra com a sua missão de controle e de garantia da legalidade consciente dessa nova dinâmica que se abre na Administração Pública. Dentre outras variantes, a atuação administrativa consensual pressupõe o reconhecimento de ampla discricionariedade para que o gestor não apenas delibere entre a imperatividade e a consensualidade, mas para que de comum acordo com o particular convencie os termos do pacto que melhor se ajustem ao caso concreto. Outra grande linha de orientação corresponde à valorização do particular: na consensualidade o administrado não figura como mero destinatário da decisão administrativa final, mas sim como efetivo colaborador do Poder Público no manejo das competências administrativas. E colaboração não se confunde com corrupção.

Ganha importância o processo administrativo como arena de negociação entre Administração Pública e particulares visando à celebração de acordos. Toda manifestação consensual desenvolvida no âmbito procedimental é legítima, uma vez que é o processo administrativo que viabiliza o amplo controle do consenso, pois confere publicidade e racionalidade no manejo das competências administrativas. O controle judicial deve se alinhar à valorização do processo administrativo na atividade consensual da Administração Pública, razão pela qual o foco do controle deve recair fundamentalmente sobre o processo – o que inclui, necessariamente, atos interlocutórios, dever de publicidade e motivação –, e não propriamente no desenho do acordo administrativo. Observados os requisitos formais e desde que razoável, a postura de deferência da autoridade judicial à decisão consensual é esperada.

Referências

- ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, vol. 13. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. As Ações do Ministério Público em Matéria de Regulação e a Importância dos Instrumentos Consensuais in *Interesse Público*, vol. 75. Belo Horizonte: Fórum, set./out. 2012.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular” in *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 24. São Paulo: RT, 1998.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques. A Governança e o Direito in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2005.
- COHEN, Linda R. e SPITZER, Matthew L. Judicial Deference to Agency Action: a rational choice theory and an empirical test in *Southern California Law Review*, vol. 69, 1995-1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 191. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1993.
- FREEMAN, Jody. Collaborative Governance in the Administrative State in *UCLA Law Review*, vol. 45, 1997-1998.
- GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a Boa Governança da Administração Pública a partir do Mote da “New Public Governance” in GONÇALVES, Pedro Costa et. al. *O Governo da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- _____. e CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 31. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2010.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador no Brasil*. São Paulo: Singular, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a “Elaboração Processual de Normas” in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003.
- MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa Consensual. Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da USP, 2010.
- _____. *Processo Regulatório Sancionador e Consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da ANATEL* in *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, vol. 8. Belo Horizonte: Fórum, jan./jun. 2010.
- _____. *Como a Teoria dos Atos Administrativos pode ser Aproveitada na Prática da Consensualidade?* in MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: RT, 2011.
- RANELLETTI, Oreste. *Principii di Diritto Amministrativo*, vol. I. Napoli: Luigi Pierro, 1912.
- SCHIRATO, Vitor Rhein e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito* in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 27. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2009.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Na Encruzilhada Liberdade-Autoridade. A tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos* in ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo;

- MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; e SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Direito Público em Evolução. Estudos em Homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SCOCA, Franco Gaetano. *Autorità e Consenso in Autorità e Consenso nell'Attività Amministrativa*. Milão: Giuffrè, 2002.
- SHEPHERD, George B. *Fierce Compromise: the Administrative Procedure Act emerges from New Deal politics in Northwestern University Law Review*, vol. 90, 1995-1996.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos e a Mediação de Conflitos Coletivos*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo Administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão* in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, vol. 23. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2006.
- _____. e CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos Substitutivos de Sanções Regulatórias* in *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 34. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2011.
- SUNSTEIN, Cass. *The Cost-Benefit State. The future of regulatory protection*. U.S.: ABA, 2002.