JULIANA BONACORSI DE PALMA

ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL

Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2010

AGRADECIMENTOS

Enfim, termino a minha dissertação. Protelei ao máximo redigir esses agradecimentos, que realmente é o último item que faço. Explico. Tenho a felicidade de ter em minha vida pessoas tão valiosas que sintetizar em poucas palavras o carinho que tenho por elas é uma tarefa difícil para mim. Apesar do peso, vale mencionar todos aqueles que estiveram ao meu lado durante a realização deste trabalho.

Tive o grande privilégio de ter como orientador o brilhante Professor Floriano de Azevedo Marques Neto. Professor Floriano, obrigada por toda a confiança em mim depositada e pela constante motivação para ir além. Mostrando que o mestrado não se encerra em matérias e em um trabalho ao final, o Professor Floriano me envolveu na pesquisa da livre docência sobre bens públicos, com a qual retirei valiosas lições sobre como realizar um trabalho acadêmico. Também incentivou a submissão de *papers* para os Congressos de Regulação Econômica da ASIER nos anos de 2008 e 2009, por meio dos quais tive a chance de me engajar ainda mais com o tema da consensualidade, além de me integrar em diversas outras atividades acadêmicas. Ou seja, no papel de orientador de primeira, o Professor Floriano contribuiu em muito para a minha formação. Só tenho a agradecer a atenciosa orientação que recebi em todo percurso, extremamente respeitosa às minhas conclusões e astuta nas brilhantes considerações.

Agradeço a todos os amigos queridos que leram e deram inestimáveis contribuições à dissertação. Ao longo destes três anos criei uma rotina de escrever trechos da dissertação e “solicitar” a leitura, quase sempre com a simpática pergunta: “*estou falando muita besteira?*”. Agradeço a Marina Feferbaum, Carolina Marinho, Clarissa Mesquita, Fábila Veçoso, Ieda Lima, André Payar, Ligia Sica, Heitor Sica, Luciana Ramos, Ana Mara Machado, Bruno Ramos e Mônica Pinhanez.

Por todas as considerações na banca de qualificação, agradeço aos Professores Fernando Dias Menezes de Almeida e Eduardo Reale Ferrari, cujas contribuições auxiliaram significativamente à estruturação do trabalho e desenvolvimento do tema.

Agradeço também à Sociedade Brasileira de Direito Público, que me acolheu como aluna da Escola de Formação em 2004, cuja passagem foi fundamental à minha trajetória acadêmica. Obrigada Conrado Hübner Mendes, Rodrigo Pagani e Roberta Sundfeld pelo belo trabalho.

Ao querido Professor Carlos Ari Sundfeld, agradeço fraternalmente. Quando terminei a Escola de Formação da SBDP em 2004, fui convidada pelo Professor Carlos Ari a estagiar na Direito GV e acompanhá-lo nas disciplinas Oficina de Jurisprudência, Oficina de Legislação e depois no Curso de Direito Administrativo, no qual até hoje tenho o orgulho (e imenso prazer) de monitorar. Com ele participei da primeira aula da recente história da Direito GV, realizei pesquisas, debati temas inimagináveis, experimentei uma outra forma de pensar o Direito Administrativo, vivi a academia. Não por acaso o tema do mestrado veio em uma dessas aulas, quando discutimos o caso “*Operação Fanta*”. Fiquei “*embasbacada*” com a consensualidade, o que se deve não apenas ao tema em si, mas em muito à forma pela qual ele me foi apresentado. Não poderia ter sido melhor. Professor Carlos Ari, muito obrigada por isso e mais.

Na Direito GV e no GVLaw encontrei um ambiente de pesquisa, com interlocutores fantásticos. Agradeço aos professores, pesquisadores, estagiários, funcionários e alunos pelas nossas conversas (acadêmicas ou não), em especial Viviane Prado, Ary Oswaldo Mattos Filho, Daniel Wang, Cláudia Scabin, Vera Monteiro, Flávia Scabin, André Rosillo, José Garcez, Emerson Fabiani e Caio Mário da Silva Pereira Neto, que me “*socorreram*” em algum momento do desenvolvimento do trabalho. Obrigada também a Estela Guerrini, Natasha Salinas, Camila Perruso, Mateus Adami e Vitor Schirato.

Um agradecimento especial às minhas queridas amigas de Sion: Alina, Fedora, Lígia, Nilce, Tibério, Dinalva e Fê Oliveira. Também agradeço a Marcela Diório, Giovana D’Antonio, Fernando Issao, Luciana Caminha, Cynthia Campos e Alessandra Tridente.

À minha família – Toninho, Marisa, Joyce e Beto (em memória) –, todo o meu amor. Mesmo sem entenderem ao certo minhas escolhas, sempre me apoiaram em absolutamente tudo. Obrigada pelo porto seguro. Sem vocês, nada disso teria graça.

Para Augusto Bonacorsi (em memória).

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO	11
MATERIAIS E MÉTODO	20

PARTE I – ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA IMPERATIVA

CAPÍTULO I – PODER ADMINISTRATIVO E PRERROGATIVAS PÚBLICAS: A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA IMPERATIVA	25
1.1. Regime jurídico-administrativo, prerrogativas públicas e a Escola da Puissance Publique: autoridade no Direito Administrativo brasileiro	26
1.1.1. A Escola da Puissance Publique	29
1.1.2. Autoridade no Direito Administrativo brasileiro: as prerrogativas públicas como tradução do poder administrativo	39
1.2. Características fundamentais das prerrogativas públicas: exorbitância e instrumentalidade	41
1.2.1. Exorbitância das prerrogativas públicas à esfera particular	41
1.2.2. Instrumentalidade das prerrogativas públicas	43
1.3. Atuação administrativa imperativa	56
1.3.1. Elementos para compreensão da atuação administrativa imperativa	57
1.3.1.1. Prerrogativa imperativa	57
1.3.1.2. O papel do ato administrativo na atuação administrativa imperativa	65
1.4. A atuação administrativa sancionatória como modelo de atuação imperativa.....	71

PARTE II – ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL

CAPÍTULO II – A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL	81
2.1. A consensualidade no Direito Administrativo	81
2.2. Pressupostos teóricos da consensualidade.....	91
2.2.1. Eficiência administrativa e instrumentalização da consensualidade.....	91
2.2.2. Participação deliberativa: tomada de decisão administrativa por acordos	99
2.2.3. A atuação administrativa consensual como mecanismo de governança pública	106
2.3. A atuação administrativa consensual	116
2.3.1. Paradigma de análise: o debate internacional sobre o modelo de consensualidade	116
2.3.2. Atuação administrativa consensual	127
2.4. Viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar	135

2.4.1. O caso paradigmático da arbitragem.....	138
2.4.2. Análise crítica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público ..	148
2.4.2.1. Do princípio da supremacia do interesse público à composição de interesses.....	148
2.4.2.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público: sobre o quê a Administração Pública pode transacionar?.....	155

CAPÍTULO III – MODELO DE CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO 169

3.1. Abertura normativa à consensualidade	170
3.1.1. O estágio inicial: acordos ambientais e desapropriação amigável	170
3.1.2. Itinerário da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro	172
3.1.3. Agências Reguladoras e a regulação consensual	181
3.2. O modelo de consensualidade no Direito Administrativo brasileiro	189
3.2.1. Os instrumentos consensuais e suas funcionalidades.....	190
3.2.1.1. Acordos substitutivos	191
3.2.1.2. Acordos integrativos	197
3.3. Termos de compromisso não consensuais	200
3.4. Métodos alternativos de solução de conflitos	203

PARTE III – ESTUDO DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CAPÍTULO IV – ANÁLISE CRÍTICA DA EXPERIÊNCIA DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO NO CADE 209

4.1. Notas preliminares: análise funcional do instrumento TCC pela perspectiva administrativista	209
4.2. Processo administrativo sancionador antitruste	211
4.2.1. SBDC e o procedimento sancionador antitruste: tempo econômico do processo	211
4.2.2. Regulação sancionatória por meio de multas	216
4.2.3. Reincidência: incentivo à celebração de acordos administrativos	220
4.2.4. Dosimetria das sanções administrativas.....	220
4.2.5. Eficácia das decisões administrativas: judicialização, execução fiscal e baixo recolhimento das multas.....	225
4.3. A atuação administrativa consensual antitruste: estudo dos compromissos de cessação no CADE.....	231
4.3.1. Evolução do tratamento normativo dos termos de compromisso de cessação	231
4.3.2. Atual disciplina dos compromissos de cessação	237

4.4. Efeitos do compromisso de cessação: incentivos à consensualidade no processo sancionador antitruste.....	248
4.4.1. Celeridade processual.....	249
4.4.2. Eficiência da decisão administrativa: disciplina do mercado por meio de cominações.....	251
4.4.3. Imediata resposta à sociedade	257
4.4.4. Cumprimento espontâneo das decisões: restrições à judicialização	259
4.4.5. “Critério consequencialista de decisão”: o valor presente da sanção esperada.....	260
4.4.6. Incentivos à celebração de compromissos de cessação por parte do representado	262
4.4.2. Análise crítica da dinâmica consensual por meio dos compromissos de cessação	264

CAPÍTULO V – ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA: VETORES À ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL

273

5.1. Atuação administrativa consensual e prerrogativa sancionatória: os dilemas dos acordos substitutivos de sanção	273
5.2. Mecanismos concertados de atuação administrativa: um dilema à legalidade?.....	275
5.2.1. Autorização normativa para atuação administrativa consensual.....	278
5.2.2. Disciplina normativa dos acordos substitutivos de sanção	283
5.3. Negociação da prerrogativa sancionadora e celebração de acordos administrativos	286
5.4. Controle judicial dos acordos substitutivos.....	293
5.5. Um dilema comum: a cultura repressiva no Direito Administrativo brasileiro	302

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....

309

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....

314

RESUMO

Esta dissertação se propõe a analisar a atuação administrativa consensual, com enfoque nos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. A questão que se pretende responder consiste em verificar se há necessário relacionamento entre prerrogativas públicas e desenvolvimento das atividades administrativas. Para respondê-la, a consensualidade administrativa é trabalhada em três frentes: normativa, teórica e prática. Na primeira parte, realiza-se a reconstrução do modelo de atuação administrativa típica, formalizada em atos unilaterais e imperativos, a fim de estabelecer o paradigma com o qual a atuação administrativa consensual dialoga. Na sequência, há a análise do modelo de atuação administrativa consensual, repartida em dois capítulos. No primeiro, são mapeados os debates doutrinários a respeito do tema, indicados os pressupostos teóricos da consensualidade no Direito Administrativo e enfrentada a questão da viabilidade de a Administração Pública transacionar pela análise crítica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. No segundo capítulo, é identificado o modelo de consensualidade adotado pelo Direito Administrativo brasileiro com base na apreciação das normas que prevêm instrumentos consensuais levantadas. A terceira parte da dissertação destina-se a avaliar o plano prático da atuação administrativa consensual por meio do estudo empírico do compromisso de cessação, na qualidade de acordo substitutivo no processo administrativo sancionador do CADE. Neste capítulo, são depreendidos os principais impasses relacionados à atividade sancionatória e a forma de emprego do referido acordo administrativo pela autoridade antitruste a fim de verificar os efeitos da consensualidade na prática do Direito Administrativo. Ao final, são analisados os principais vetores dos acordos substitutivos, quais sejam, legalidade, negociação das prerrogativas públicas, controle judicial e cultura repressiva prevalecente na Administração Pública. Na conclusão, a questão é retomada e as hipóteses lançadas – viabilidade da negociação das prerrogativas públicas e preferência dos acordos substitutivos pelo Poder Público em razão dos expressivos efeitos positivos que detêm – testadas.

ABSTRACT

This essay intends to analyze the consensual administrative action, approaching to the substitutive agreements in the administrative process for imposition of sanctions. The question to be answered herein is to verify if there is a necessary relation between public prerogatives and development of administrative activities. To answer it, the administrative consensus is worked in three perspectives: normative, theoretical and practical. In the first part, it is done the reconstruction of the typical administrative action's model, formalized in unilateral and imperative acts, in order to establish the paradigm to which the consensual administrative action dialogues. After that, it is done the analysis of the consensual administrative action, distributed in two chapters. In the first, doctrinaries's debates involving the theme are identified, consensus's theoretical premises in Administrative Law are indicated and the issue of availability of transaction in Public Administration is faced by the principles of supremacy and non-availability of public interest's critical analysis. In the second chapter, it is identified the model of consensus adopted by Brazilian Administrative Law through appreciation of the norms that dispose about consensual instruments. The essay's third part intends to evaluate the practical field of the consensual administrative action through empirical study of the consent decree, as a substitutive agreement, in the CADE's administrative process for imposition of sanctions. In this chapter, it is recognized the main problems with the imposition of sanctions and the use of that administrative agreement by the antitrust authority, in order to discover the consensus' effect in Administrative Law. Finally, substitutive agreement's main guides are analyzed, which are: legality, public prerogative's negotiation, judicial control and repressive culture that prevails into Public Administration. In the conclusion, the question is retaken and the hypotheses exposed – negotiation of the public prerogatives' availability and preference of the substitutive agreements by Public Power because of its expressive positive effects – tested.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADR – *alternative dispute resolution*
AGU – Advocacia Geral da União
ANA – Agência Nacional de Águas
ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE – Agência Nacional do Cinema
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP – Agência Nacional do Petróleo
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT – Agência Nacional de Transporte Terrestres
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AR – Agência Reguladora
CAD/CADE – Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE
CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CADIN – Cadastro Informativo de Créditos não Quitados
CF – Constituição Federal
CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira
CVM – Comissão de Valores Mobiliários
EC – Emenda Constitucional
FDD – Fundo de Defesa de Direitos Difusos
LC – Lei Complementar
MARE – Ministério de Administração e Reforma do Estado
MP – Medida Provisória
MS – Mandado de Segurança
PA – processo administrativo
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RI – Regimento Interno
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TAC – termo de ajustamento de conduta
TCAC – termo de compromisso de ajustamento de conduta
TC – termo de compromisso
TCC – termo de compromisso de cessação
TCU – Tribunal de Contas da União
UFIR – Unidade Fiscal de Referência
VPSE – Valor presente da sanção esperada

INTRODUÇÃO

Dentre as várias transformações do Direito Administrativo brasileiro ocorridas na última década, uma das mais significativas corresponde à *mudança metodológica* que se evidencia em seus planos teórico e prático. Principalmente com a inserção do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição Federal ao lado de outros preceitos estruturantes do Direito Administrativo, do qual é exemplo a legalidade, a *funcionalidade* de normas e institutos jurídico-administrativos¹ passa a importar cada vez mais às pesquisas jurídicas e, com ainda maior vigor, à gestão pública. Paulatinamente, portanto, o Direito Administrativo brasileiro assume uma postura instrumental na promoção do desenvolvimento econômico-social do Estado.

Como consequência, coloca-se a necessidade de revisão dos tradicionais mecanismos administrativos, bem como de avaliação dos novos institutos jurídicos que passam a ser amparados pelo Direito Administrativo brasileiro à luz dessa abordagem². Trata-se de averiguar em que medida institutos administrativos clássicos, de conformação oitocentista, e os mecanismos de criação recente viabilizam uma gestão pública eficiente, hábil a contemplar as emergentes necessidades sociais, negociais e econômicas que são apresentadas à Administração Pública.

O recurso ao clássico esquema de atuação administrativa por meio de atos administrativos unilaterais, cunhados no exercício da prerrogativa imperativa, parece não mais dar conta do satisfatório exercício dos deveres cometidos à Administração Pública. A complexidade do atual Direito Administrativo coloca em xeque respostas binárias do tipo “*proibido – permitido*” a algumas situações concretas, como nos casos de conflito entre Administração Pública e administrado, as quais poderiam ser melhor conformadas com *acordos* que valorizem decisões mais consentâneas às especificidades do caso e, assim, mais eficientes³. Ademais, a configuração do Estado Democrático enseja a participação do

¹ Cf. Norberto BOBBIO, **Da Estrutura à Função**, p. 13 e ss.

² Ordenação setorial por meio de Agências Reguladoras, especialização de microsistemas dentro do Direito Administrativo, crescente demanda por participação administrativa, sofisticados arranjos contratuais administrativos, edição de leis de parcerias público-privadas envolvendo o mercado e o setor público não-estatal, implosão da dicotomia público-privado e processualização da atividade administrativa são alguns exemplos que explicitam bem o cenário marcadamente complexo que se constrói em torno do Direito Administrativo brasileiro. Cf. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 194 e ss., e Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, **Mutações do Direito Administrativo**, p. 7 e ss.

³ José Eduardo FARIA denomina de *norma procedimental* ou *processual* a norma destinada a assegurar a interação entre organismos em um cenário complexo. Segundo o autor, “*por causa de seu baixo grau de*

administrado no desenvolvimento das atividades administrativas, fator que propicia a ascensão da consensualidade⁴.

Muito embora a atuação administrativa consensual não seja de todo desconhecida pelo Direito Administrativo brasileiro, bastando apontar o instituto da desapropriação amigável⁵, o fato é que após a Reforma do Estado o tema da consensualidade passou a ser debatido na teoria do Direito Administrativo brasileiro. De fato, cresce o número de artigos acadêmicos voltados ao estudo da consensualidade⁶, normas (especialmente setoriais) passam a prever instrumentos consensuais e a prática já possui relevantes precedentes consensuais⁷, apesar de os acordos administrativos serem ainda incipientes no cotidiano administrativo. Tendo em vista o exposto panorama, o presente trabalho analisa a *atuação administrativa consensual*.

Segundo Luciano Alfonso PAREJA,

“o acordo administrativo pode ser definido como o acordo de vontades entre uma Administração Pública e um ou vários sujeitos de Direito, regulado pelo Direito Administrativo, celebrado no contexto de um processo administrativo através do qual aquela deixa de exercer uma potestade propriamente administrativa para a terminação ou preparação da terminação deste, que está dirigido à constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica⁸”. (tradução livre)

coercibilidade, o tipo de norma procedimental ou processual em exame não se destaca pela sua ‘imperatividade’; ou seja, não é capaz de atuar como um comando, por meio de ameaça de sanções punitivo-repressivas com o objetivo de prescrever comportamentos obrigatórios e/ou proibidos”. **O Direito na Economia Globalizada**, p. 184.

⁴ Cf. Fernando Dias Menezes de ALMEIDA, **Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo**, p. 337.

⁵ A desapropriação amigável está prevista no art. 22 do Decreto-Lei 3.365/41, de seguinte redação:

“Art. 22. Havendo concordância sobre o preço, o juiz homologará por sentença no despacho saneador”.

⁶ Sem a pretensão de esgotar a literatura nacional sobre o tema, assinalam-se os seguintes escritos sobre a consensualidade: Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa e Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro**, Floriano de Azevedo MARQUES NETO, **Aspectos Jurídicos do Exercício do Poder de Sanção por Órgão Regulador do Setor de Energia Elétrica**, Adilson Abreu DALLARI, **Viabilidade da Transação entre o Poder Público e o Particular**, Alexandre Santos de ARAGÃO, **A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**, Fernando Dias Menezes de Almeida, **Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo**, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA & Cristiane SCHWANKA, **A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no Século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação** e Carlos Ari SUNDFELD & Jacintho Arruda CÂMARA, **Devido Processo Administrativo na Execução de Termo de Ajustamento de Conduta**.

⁷ Cf. RE 253.885/STF, no qual o Supremo Tribunal Federal acolheu a validade de transação judicial entre Administração Pública e servidores municipais acerca de valor patrimonial. Segundo a Ministra Ellen GRACIE, relatora do caso, *“em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. (...) 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 últimação deste interesse”*. Recurso não conhecido por unanimidade de votos pela Primeira Turma do STF em 4 e de junho de 2002.

⁸ **Eficacia y Administración. Tres Estudios**, p. 176.

Decorre da exposta *abertura à consensualidade* a seguinte constatação: integra a esfera de discricionariedade da Administração Pública a eleição pela forma de atuação administrativa em determinadas situações, ora *imperativa*, ora *consensual*. Embora o ato imperativo e unilateral seja um mecanismo de indiscutível utilidade à ordem pública⁹, cujo *enforcement* viabiliza a imposição das decisões administrativas aos administrados em uma relação verticalizada travada com a Administração Pública, os efeitos positivos dos *acordos* passam a ser reconhecidos¹⁰ e, assim, ensejam um proceder administrativo por vezes sem recurso à imperatividade. Em suma, ao lado da *atuação administrativa típica* coloca-se a *atuação administrativa consensual*¹¹.

A dissertação se propõe a realizar um estudo da *consensualidade* por meio de uma análise dogmática analítica, normativa e empírica.

Dada a relativa abertura à consensualidade, a proposta da dissertação de mestrado é colocar em questionamento a assertiva de que as atividades administrativas devem prioritariamente se valer das prerrogativas públicas¹². Nesse ponto, coloca-se a questão de fundo da presente dissertação de mestrado: *há necessária relação entre prerrogativas públicas e atuação administrativa?*

Embora necessário, um estudo tão ousado envolvendo todas as vertentes da consensualidade, com tamanha amplitude de objeto, pode ser inviável. É o risco da generalização: os resultados alcançados por meio desse direcionamento de pesquisa seriam demasiadamente amplos e, portanto, contraditórios, quando levados a setores específicos ou de acordo com o instrumento consensual em debate. Para elaboração de um trabalho efetivamente contributivo aos estudos sobre a consensualidade, o tema foi delimitado a um

⁹ Jacqueline MORAND-DEVILLER, **Poder Público, Serviço Público: crise e conciliação**, p. 391.

¹⁰ Pierpaolo GRAUSO, **Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati**, p. 3. Cf., ainda, Jacques CHEVALLIER, que traça interessante paralelo entre a consensualidade e a governança pública. **A Governança e o Direito**, p. 129 e ss.

¹¹ Necessário advertir, conforme Franco Gaetano SCOCA, que assim como a imperatividade não deve ser compreendida como atributo inafastável do ato administrativo, também a consensualidade não é, *de per se*, sinônimo de boa gestão pública (**Autorità e Consenso**, p. 21). Ambos os institutos possuem aspectos positivos e negativos determinantes à eleição de um ou de outro quando do desenvolvimento da atividade administrativa.

¹² Ressalte-se que a disponibilidade das prerrogativas públicas é relativamente assente na doutrina brasileira de Direito Administrativo. O que se questiona com maior profundidade é o estreito relacionamento entre o poder público e as atividades administrativas.

específico instrumento consensual em um determinado tipo de processo administrativo: *o acordo substitutivo no âmbito do processo administrativo sancionador*.

A proposta de análise mais concreta da dicotomia imperatividade – consensualidade justifica-se duplamente. Em primeiro lugar, o foco no exercício da prerrogativa sancionadora, fundada na prerrogativa imperativa geral do Estado, permitirá uma análise mais aprofundada e rica em detalhes. Ademais, partindo do pressuposto de que a sanção administrativa congrega grau máximo de imperatividade dado seu peculiar conteúdo, seu estudo possibilitará extrair considerações interessantes e transponíveis às demais aplicações da consensualidade¹³. O assente entendimento da aplicação da sanção administrativa como ato vinculado corrobora para a sua eleição como objeto de estudo¹⁴.

Assim, sanção administrativa e acordo substitutivo representarão, respectivamente, a atuação administrativa com recurso à imperatividade e atuação administrativa por meio de acordos celebrados entre Poder Público e administrado. A dicotomia imperatividade – consensualidade se apresentará, em suma, na chave *sanção administrativa – acordo substitutivo* no exercício da função regulatória do Estado.

Advirta-se, porém, que essa delimitação do trabalho não excluirá a análise geral da consensualidade. Será importante etapa da dissertação de mestrado o mapeamento e a categorização dos instrumentos consensuais amparados pelo *arcabouço normativo* do Direito Administrativo, assim como o tratamento geral da atuação administrativa consensual, até mesmo para que o estudo mais detido proposto possa ser realizado com profundidade e precisão técnica.

A sanção administrativa, compreendida como ato administrativo unilateral e imperativo decorrente do exercício da prerrogativa sancionatória, consiste em efetivo instrumento regulatório que se aperfeiçoa no curso de processo administrativo sancionador,

¹³ Adota-se, então, a *teoria dos antagonismos* como matriz de análise da dissertação de mestrado, conforme exposição de Carlos Ari SUNDFELD: “conhecê-lo [o Direito Administrativo] é entender as constantes de seu movimento, dos fluxos e refluxos, enfim, dos contrários batendo-se e convivendo. Teoria dos antagonismos é o nome dessa matriz de análise, que foca no jogo das oposições e circunda as leis, as regras, as práticas, os casos, as decisões, os princípios, os institutos”. **O Direito Administrativo entre os Clips e os Negócios**, p. 34.

¹⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, “uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato. A doutrina brasileira, mesmo em obras gerais, costuma enfatizar tal fato em relação ao dever disciplinar, invocando o art. 320 do Código Penal, que tipifica a condescendência criminosa, mas o dever de sancionar tanto existe em relação às infrações internas quanto em relação às externas”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 850.

que denomino como processo regulatório sancionador. Diferentes funcionalidades são cometidas à sanção administrativa: repressão do infrator, recomposição da legalidade, prevenção de infrações, revestimento de eficácia às medidas regulatórias, afirmação do regulador perante os regulados¹⁵ e fator persuasivo nos acordos substitutivos.

O problema que se coloca acerca desta específica forma de atuação administrativa concerne ao baixo grau de cumprimento das sanções aplicadas ao término de processo administrativo sancionador. A baixa efetividade das decisões do regulador fulmina o “efeito simbólico da sanção” e, assim, compromete todas as salientadas externalidades do instrumento regulatório sancionador. Esse problema apresenta-se nos processos sancionadores antitruste do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE –, objeto de estudo empírico desta dissertação, cujo relatório de gestão de sua Procuradoria-Geral correspondente ao biênio 2006/2007 noticia que de 1994 a 2005 apenas 16,2% das sanções administrativas aplicadas pela entidade foram cumpridas¹⁶.

Nesse contexto, apresenta-se a questão específica da dissertação de mestrado: *o poder sancionador, a exemplo das demais prerrogativas públicas, pode ser negociado com o particular no caso concreto com vistas à terminação consensual do processo sancionador por meio da celebração de acordos administrativos?*

Respondê-la é tarefa tranqüila em determinados setores regulados, cujas leis prevêm expressamente os acordos substitutivos. No entanto, poderia a Administração Pública celebrar acordos substitutivos independentemente de fundamento legal específico? Haveria um permissivo genérico que fundamentaria a prática de acordos administrativos no bojo do Direito Administrativo Sancionador? A celebração de acordos administrativos implica em indisponibilidade do interesse público? Sanção administrativa e acordo substitutivo são instrumentos fungíveis? Se sim, em quais circunstâncias? Por quais motivos Administração Pública e administrado podem desejar celebrar acordos substitutivos? Como os acordos substitutivos se implementam? Afinal, tais acordos são

¹⁵ Segundo Floriano de Azevedo MARQUES NETO, “o exercício da função punitiva possui grande importância. Isso não só por constituir a punição um requisito da atividade reguladora, mas também porque é primordialmente pelo poder de sanção que o órgão regulador se afirma frente aos atores privados regulados (concessionários, permissionários, autorizatários etc.) e perante os administrados (consumidores). Sem a ameaça potencial de sanção, resta fragilizada a autoridade regulatória. Sem perceber a capacidade coercitiva do regulador, sente-se o administrado desamparado”. **Aspectos Jurídicos do Exercício do Poder de Sanção por Órgão Regulador do Setor de Energia Elétrica**, p. 354.

¹⁶ Relatório de Gestão (exercício de 2007), p. 70.

instrumentos viáveis? Todas essas são questões adjacentes à principal serão enfrentadas na dissertação de mestrado.

Conforme se verifica com a listagem das indagações, a questão da *disponibilidade do poder sancionador (imperativo)* será trabalhada em três frentes:

- (i) *análise normativa* para reconstituir a ascensão da consensualidade e depreender o fundamento dos acordos substitutivos;
- (ii) investigação do *por quê* da adoção de fórmulas consensuais em detrimento da via sancionatória por meio do estudo de caso;
- (iii) verificação de *como* este específico instrumento consensual se implementa;

As hipóteses que serão trabalhadas na dissertação de mestrado foram delimitadas a partir da congregação dos objetos de estudo das três partes componentes da pesquisa. Hipóteses mais concretas foram assinaladas para que elas desempenhassem o papel de guias de análise dos acordos administrativos, pois a construção de assertivas desse jaez confere funcionalidade pragmática ao referencial teórico e permite evidenciar problemas, escopos e resultados do proceder administrativo pela via consensual.

São hipóteses da presente dissertação de mestrado:

- (i) *As prerrogativas públicas (imperativa e sancionadora) podem ser afastadas em prol da atuação administrativa consensual.*

O atual arcabouço normativo ampara a consensualidade ao prever módulos concertados e, ainda, determina a fungibilidade entre os instrumentos regulatórios ato unilateral e acordo administrativo, encerrando-se a adoção da consensualidade em uma decisão discricionária do administrador. Uma vez que (1) a prerrogativa pública é meramente instrumental, (2) a legalidade na seara da consensualidade guarda vinculação negativa à juridicidade e (3) os argumentos da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não são suficientes a obstacularizar a consensualidade, os acordos administrativos podem ser validamente celebrados pela Administração Pública.

- (ii) *Os acordos substitutivos possuem expressivos efeitos positivos que levam à sua preferência na prática do processo administrativo sancionador.*

Assume-se como segunda hipótese que os acordos substitutivos são preferidos em detrimento da regulação pela via sancionatória em determinados casos porque são mais efetivos que a sanção administrativa (cumprimento espontâneo), evitam a judicialização da decisão (consensual), são medidas proporcionais ao potencial gravame, valorizam as finalidades setoriais ao conformar uma decisão mais consentânea com o caso concreto e trazem economia de tempo e custos¹⁷.

Uma das finalidades das pesquisas acadêmicas em Direito, talvez a maior delas, reside no aprimoramento da funcionalidade de instituições e de seus correspondentes instrumentos jurídicos. Para tanto, é imprescindível que o pesquisador se volte à análise crítica dos efeitos práticos da aplicação do instrumento ou do raciocínio jurídico, mais precisamente, de suas potencialidades e fragilidades. Pretende-se uma dissertação de mestrado útil, cujos resultados alcançados possam, ainda que limitadamente, contribuir aos debates sobre o tema da consensualidade na teoria do Direito Administrativo, bem como à própria prática dos acordos administrativos.

Reputou-se necessário, portanto, estruturar a dissertação em três partes. A Parte I – *“Atuação Administrativa Imperativa”* – pretende delimitar o modelo de ação administrativa com recurso à imperatividade, que corresponde à forma mais típica de a Administração satisfazer suas competências. A Parte II – *“Atuação Administrativa Consensual”* – volta-se à apresentação do modelo de atuação administrativa por meio de acordos. Para tanto, o Capítulo II descreve esta forma de ação pública e enfrenta seus principais argumentos de resistência: os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. O Capítulo III analisa o modelo de consensualidade no Direito Administrativo brasileiro a partir do plano normativo, por meio do qual será possível reconstruir a abertura à consensualidade pela crescente previsão de acordos administrativos.

A Parte III – *“Estudos dos Acordos Substitutivos no Processo Administrativo Sancionador”* – parte do pressuposto já explicado de que a consensualidade demanda

¹⁷ Esses motivos que levam à celebração dos acordos substitutivos foram extraídos de artigos favoráveis à consensualidade, cuja listagem delimita o que será denominado na dissertação de mestrado de *“elogio ao consenso”*. Cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, **Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa**, p. 145.

análises particularizadas, em um específico setor e com base em um certo instrumento consensual. É o momento de verificar como os dois modelos de atuação administrativa interagem no plano concreto. O *estudo de caso* mostra-se, assim, mais adequado para lidar com a prática da consensualidade. O Capítulo IV tem por finalidade expor a dinâmica do instrumento consensual *termo de compromisso de cessação* (TCC) no âmbito do processo administrativo sancionador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e, assim, reconhecer os possíveis efeitos da celebração de acordos administrativos. A partir deste paradigma de análise dos acordos substitutivos, será possível depreender considerações cabíveis para o Direito Administrativo como um todo na medida em que o estudo se concentra no processo administrativo e em determinadas variáveis institucionais. O Capítulo V encerra o trabalho com o enfrentamento de três questões teóricas revisitadas à luz da concertação administrativa, quais sejam, legalidade, negociação das prerrogativas públicas e controle dos acordos administrativos. Aproveita-se para discorrer sobre a cultura repressiva na Administração Pública, cujos os efeitos sobre a consensualidade podem ser deletérios.

Traça-se como objetivo da dissertação de mestrado a *demonstração de uma realidade complexa* colocada pela contemporânea abertura normativa à consensualidade por meio da consagração de instrumentos consensuais, principalmente nos setores regulados. Realidade complexa exatamente porque o novo contexto regulatório abarca mecanismos (consensuais) que vão de encontro a uma das bases sólidas do Direito Administrativo, correspondente à atuação administrativa amparada pelo exercício da imperatividade.

Realidade complexa também porque pouco se conhece acerca da prática consensual; os recentes artigos acadêmicos voltam-se fundamentalmente a estudos teóricos da consensualidade, passando apenas marginalmente à análise concreta do emprego dos diferentes instrumentos consensuais postos à disposição da Administração Pública. Nesse sentido, quase não se evidencia a contraposição entre as duas formas de atuação administrativa – autoritária e consensual –, o que restringe a identificação das eventuais disfuncionalidades que a proposta da consensualidade veio a contornar.

Dessa forma, a dissertação de mestrado objetiva catalogar a agenda de *debates teóricos* acerca da consensualidade e proceder à *análise crítica* do discurso de resistência aos acordos administrativos, enquanto emanações consensuais atreladas à prática

administrativa. Objetiva, também, precisar a aludida *abertura à consensualidade* pela análise de fontes normativas que permitam constatar os instrumentos consensuais amparados no Direito Administrativo brasileiro e traçar o atual estágio da consensualidade no plano nacional.

Por fim, especificamente em relação aos acordos substitutivos, pretende-se *relatar e analisar criticamente* o caso dos TCC no processo sancionador antitruste do CADE, onde a dicotomia imperatividade – consensualidade se evidencia através das fórmulas sanção administrativa – acordo substitutivo (TCC) e permite análises mais substanciais sobre a materialidade dos instrumentos consensuais. A cediça experiência do CADE possibilitará ponderar a respeito da funcionalidade dos acordos administrativos e identificar os fatores considerados para eleger a consensualidade em detrimento da unilateralidade no proceder administrativo.

Enfim, ainda pende estudo acerca do “*estado da arte*” em que a consensualidade se insere no plano do Direito Administrativo brasileiro, considerando suas particularidades doutrinárias e seu panorama normativo próprio. Sem a pretensão de suprir essa lacuna, mesmo porque o objeto de análise da dissertação centra-se em um específico instrumento consensual – o acordo substitutivo de sanção administrativa – o trabalho pretende *contribuir à compreensão desse ambiente institucional* então modificado pela ascensão da consensualidade que coloca em voga a dicotomia imperatividade – consensualidade.

Estou ciente das limitações da pesquisa. Os resultados alcançados certamente não serão passíveis de generalização para todas as imbricações do fenômeno da consensualidade na medida em que a dissertação de mestrado trata de uma específica projeção da consensualidade. Porém, paralelamente às conclusões relativas à consensualidade no processo sancionador, a dissertação de mestrado pode ensejar reflexões sobre outras exteriorizações da atuação administrativa consensual. As considerações traçadas igualmente poderão ser proveitosas em termos mais amplos porque se reportam à dicotomia geral imperatividade – consensualidade, conferindo, por exemplo, subsídios à tomada de decisão quanto ao emprego da imperatividade na ordenação de atividades econômicas, além de alternativas para aprimoramento dos acordos administrativos poderem ser pensadas a partir do estudo.

MATERIAIS E MÉTODO

A metodologia empregada na dissertação de mestrado é fundamentalmente dogmática, abrangendo seus três desdobramentos: *analítico*, *normativo* e *empírico*.

Antes de destrinchar a metodologia empregada no trabalho para confirmar ou refutar ambas as hipóteses assinaladas, um esclarecimento inicial mostra-se especialmente relevante. A dissertação de mestrado proposta volta-se ao estudo da consensualidade no plano do Direito Administrativo *brasileiro*. Assim, doutrinas, normas e experiências nacionais constituem a fonte primária do tratamento da consensualidade, de forma que escritos e normas de Direito Comparado, principalmente as de origem espanhola e italiana¹⁸, serão analisados apenas na medida do necessário para melhor compreensão do tema no cenário nacional.

Propõe-se uma incursão *analítica* para constatar a conformação da atuação sancionatória a partir do reconhecimento do modelo de atividade administrativa calcada na prerrogativa imperativa. Pela *análise da doutrina administrativista brasileira*, selecionada conforme a pertinência temática, serão estabelecidas importantes premissas à dissertação de mestrado: a avaliação doutrinária das prerrogativas públicas, os fundamentos teóricos dos argumentos de resistência aos módulos consensuais, os contornos da prerrogativa imperativa e sua projeção sobre a atuação administrativa para determinar, assim, a atuação imperativa.

O protagonismo da doutrina brasileira na identificação do tratamento geral das prerrogativas públicas, de onde se extraem as notas da exorbitância e da instrumentalidade, decorre da necessidade de estabelecer um referencial teórico que dialogue com os debates suscitados no Direito Administrativo brasileiro acerca da consensualidade. Trata-se de um corte metodológico formulado para situar a questão da consensualidade no panorama nacional. Acredita-se que tal esforço inaugural contribuirá à delimitação do conceito

¹⁸ Os estudos procedidos pelos administrativistas italianos e espanhóis figuram dentre os de maior utilidade, dada a existência nesses países de leis gerais de processo administrativo com preceito que prevê genericamente a celebração de acordos administrativos. Trata-se de permissivo genérico dos acordos administrativos, sem equivalente no Direito Administrativo brasileiro, embora o Decreto paulista 52.201, de 26 de setembro de 2007, discipline e preveja a possibilidade de a Administração Pública do Estado de São Paulo celebrar termos de ajustamento de conduta. No caso italiano, a Lei 15, de 11 de maio de 2005, alterou o artigo 11 da lei geral de processo administrativo italiano (Lei 241/90) para prever os acordos administrativos. No caso espanhol, a previsão consta no art. 88 da Lei 30/92, a LrjAPyPac.

prático de imperatividade, além de viabilizar o mapeamento mais detido dos argumentos de resistência aos módulos consensuais.

Postas as bases nas quais a linha de raciocínio da dissertação se firma, passar-se-á ao estudo da atuação administrativa consensual na segunda parte deste trabalho. *Doutrina e documentos normativos* (Constituição Federal, leis formais e normas infralegais setoriais) constituirão as fontes para delimitação da consensualidade, categorização dos instrumentos consensuais integrantes do Direito Administrativo brasileiro e análise teórica dos acordos administrativos. A reconstrução da abertura do Direito Administrativo brasileiro à consensualidade far-se-á por meio da análise de documentos normativos cuja leitura se concentrará na identificação dos tipos de acordos administrativos amparados no regime jurídico-administrativos, as finalidades que desempenham, suas principais características e o modelo de positivação da consensualidade adotado no caso nacional.

Para redação deste item, foram analisados os seguintes diplomas normativos federais: medidas provisórias, leis complementares, leis ordinárias e decretos¹⁹. As referidas normas foram selecionadas conforme a presença de preceito dispositivo da atuação consensual. Também integraram a pesquisa a regulação setorial proveniente do exercício da competência normativa pelas Agências Reguladoras federais²⁰, assim como regulamentos de determinadas autarquias especializadas, quais sejam, o CADE e a CVM. Nesse caso, além do marco regulatório e do decreto de disciplina da estrutura e do funcionamento das Agências Reguladoras, regimento interno, regulamento de disciplina do processo administrativo interno ao ente estatal – ou do processo administrativo sancionador, caso existisse – e atos normativos esparsos integraram o objeto de estudo normativo da consensualidade.

Houve triagem daquelas cujo teor contivesse acordos administrativos em espécie (termo de compromisso, termo de ajustamento, e variações), disciplinasse a atuação administrativa pela via de acordos ou versasse sobre institutos conexos aos acordos administrativos (conciliação, mediação e arbitragem, transação judicial e atividade de mediação de conflitos pelas Agências Reguladoras). Ao todo, foram catalogados duas

¹⁹ Os diplomas normativos foram pesquisados no sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/legislacao>, no período de novembro de 2008 a maio de 2009. O item foi devidamente revisto no mês de dezembro de 2009, antes do depósito desta dissertação.

²⁰ Foram analisadas as seguintes agências reguladoras: ANATEL, ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ, ANA, ANS, ANVISA, ANAC e ANCINE.

medidas provisórias²¹, duas leis complementares²², 39 leis federais²³, 24 decretos²⁴ e 62 atos normativos.

A primeira hipótese, correspondente à possibilidade de disposição das prerrogativas públicas para celebração de acordos administrativos, será averiguada por meio dos materiais referidos neste parágrafo.

Conforme asseverado, a adequada delimitação do objeto de pesquisa envolvendo o tema da consensualidade não se esgota somente com a indicação do específico instrumento consensual a ser estudado. O âmbito de utilização do instrumento consensual importa igualmente, uma vez que a setorização do ordenamento jurídico termina por indicar princípios e normas específicas aplicáveis a uma realidade singular se comparada com os demais cenários de incidência do mesmo instituto jurídico²⁵. Nesta dissertação de mestrado, os acordos substitutivos serão analisados no âmbito do processo administrativo sancionador do CADE.

Mais especificamente, serão analisados os compromisso de cessação²⁶, na qualidade de acordos substitutivos, firmados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica no âmbito do processo administrativo sancionador antitruste.

²¹ MP 144/03 e MP 131/03.

²² Lei complementar 76/93 e lei complementar 101/2000.

²³ Lei 4.771/65, Lei 6.385/76, Lei 7.347/85, Lei 8.197/91, Lei 8.630/93, Lei 8.884/94, Lei 8.987/95, Lei 9.307/96, Lei 9.427/96, Lei 9.469/97, Lei 9.472/97, Lei 9.478/97, Lei 9.605/98, Lei 9.611/98, Lei 9.613/98, Lei 9.782/99, Lei 9.847/99, Lei 9.873/99, Lei 9.984/00, Lei 9.961/00, Lei 9.985/00, Lei 10.520/02, Lei 10.438/02, Lei 10.453/02, Lei 10.637/02, Lei 10.233/03, Lei 10.667/03, Lei 11.079/04, Lei 10.814/04, Lei 10.848/04, Lei 11.107/05, Lei 11.182/05, Lei 11.196/05, Lei 11.441/07, Lei 11.442/07, Lei 11.445/07, Lei 11.727/08, Lei 11.668/08 e Lei 11.909/09.

²⁴ Decreto-Lei 3.365/41, Decreto 62.934/68, Decreto 94.764/87, Decreto 99.274/90, Decreto 2.256/97, Decreto 2.335/97, Decreto 2.455/98, Decreto 2.338/97, Decreto 3.029/99, Decreto 3.179/99, Decreto 3.327/00, Decreto 4.112/02, Decreto 4.130/02, Decreto 4.136/02, Decreto 4.340/02, Decreto 4.553/02, Decreto 4.846/03, Decreto 4.942/03, Decreto 5.459/05, Decreto 5.731/06, Decreto 5.746/06, Decreto 6.063/07 e Decreto 6.514/08.

²⁵ Sabino CASSESE, **As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI**, p. 22.

²⁶ O termo de compromisso de cessação é especificado no art. 53, *caput*, da Lei 8.884/94, de seguinte redação conferida pela Lei 11.482/2007: “[e]m qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos requisitos protegidos por lei”. Serão analisados os TCC firmados nos seguintes processos sancionadores antitruste: PA 08000.012720/94; PA 08000.016384/94-11; PA 49/92; PA 61/92; PA 08000.020849/96-18; PA 08012.003303/98-25; PA 08012.002028/2002-24; PA 53500.004151/2000; PA 53500.002287/2001; PA 53500.006875/2001; PA 08700.003431/01-31; PA 53500.005770/2002; PA 08012.007667/2004-48; PA 08012.003048/2001-31; PA 08012.006805/2004-71; PA 53500.002286/2001; PA 53500.002284/2001; PA 08012.002493/2005-16; PA 08012.011142/2006-79; PA 08700.005281/2007-96; PA 08012.008678/2007-98; PA 08700.005216/2007-61; PA 08700.004221/2007-56; PA 08012.010932/2007-18; PA 08012.004674/2006-50; PA 08700.001882/2008-19; PA 08012.07238/2006-32; PA 08012.006808/2000-81; PA 08700.005281/2007-96.

Oportuno um esclarecimento acerca da escolha do CADE e dos TCC para efetuar a análise empírica. Apesar de outras significativas aplicações dos acordos substitutivos, a eleição do processo sancionador antitruste e o instrumento consensual TCC²⁷ justifica-se na medida em que o CADE possui larga experiência no trato dos acordos substitutivos, cujos casos foram amplamente divulgados e debatidos²⁸. Ademais, mencione-se a confiabilidade dos dados objeto de análise, uma vez que os TCC encontram-se integralmente divulgados e os relatórios de atividades do CADE conferem relevante instrumental de estudo. Dessa forma, o relato da experiência do CADE em torno do emprego do acordo substitutivo de sanção administrativa TCC pode ser de grande proveito para o aprimoramento do modelo e aos demais órgãos e entes da Administração Pública.

Pretendo proceder uma análise funcional da experiência do CADE com os compromissos de cessação, na qualidade de instrumento consensual, pela *perspectiva administrativista*, razão pela qual recebem especial destaque o *processo sancionador antitruste* e as variáveis institucionais às quais o TCC se relacione.

A avaliação da segunda hipótese dar-se-á por meio de estudo dos referidos TCC, contemplando o teor dos documentos de compromisso e dos relatórios de atividades disponibilizados pelo CADE, no qual consta o andamento pormenorizado dos TCC firmados anualmente. Desta *análise documental* será avaliada a segunda hipótese, ou seja, será constatada a dinâmica deste específico acordo substitutivo e seus efeitos (positivos e negativos).

²⁷ Sobre a consideração do TCC como instrumento consensual, vale a transcrição de Sérgio GUERRA: “*após a decisão reguladora judicante, em que houver sido imposta uma penalidade ao agente regulado, é justo concluir pela possibilidade de adoção pela Agência Reguladora de um ‘acordo substitutivo’ da sanção, de modo que se satisfaçam, com igual modo de contentamento, os interesses envolvidos. Vale dizer, a Agência Reguladora deve perseguir a consensualidade em vez da imperatividade*”. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**, p. 137-138.

²⁸ Mencione-se a “*Operação Fanta*” que ganhou destaque não apenas entre os estudiosos do Direito Administrativo Econômico, mas pela comunidade como um todo.

PARTE I – ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA IMPERATIVA

Capítulo I – PODER ADMINISTRATIVO E PRERROGATIVAS PÚBLICAS: A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA IMPERATIVA

1.1. Regime jurídico-administrativo, prerrogativas públicas e a Escola da Puissance Publique: autoridade no Direito Administrativo brasileiro – 1.1.1. A Escola da Puissance Publique – 1.1.2. Autoridade no Direito Administrativo brasileiro: as prerrogativas públicas como tradução do poder administrativo – 1.2. Características fundamentais das prerrogativas públicas: exorbitância e instrumentalidade – 1.2.1. Exorbitância das prerrogativas públicas à esfera particular – 1.2.2. Instrumentalidade das prerrogativas públicas – 1.3. – Atuação administrativa imperativa – 1.3.1. Elementos para compreensão da atuação administrativa imperativa – 1.3.1.1. Prerrogativa imperativa – 1.3.1.2. O papel do ato administrativo na atuação administrativa imperativa – 1.4. A atuação administrativa sancionatória como modelo de atuação imperativa

Compreender a *atuação administrativa imperativa* requer um esforço inicial, consistente na identificação da teoria geral das prerrogativas públicas no Direito Administrativo, ou seja, o conjunto das características gerais traçadas pela doutrina brasileira que se apresentariam em qualquer prerrogativa detida pela Administração, independentemente de sua materialidade ou funcionalidade.

Manuais e artigos de Direito Administrativo constituíram as fontes de pesquisa utilizadas na identificação da teoria geral das prerrogativas públicas. A preferência pelos escritos doutrinários como fonte primeira de reconhecimento da teoria geral das prerrogativas públicas justifica-se pela importância da doutrina na conformação da teoria do Direito Administrativo. Embora a jurisprudência e o Direito Positivo nacional paulatinamente adquiram cada vez maior influência sobre a ciência do Direito Administrativo, indubitavelmente a doutrina administrativista tem pautado os grandes debates teóricos e as recentes transformações preconizadas pelo Direito Administrativo²⁹.

Advirta-se que a abordagem adotada não assume viés doutrinário, apesar da forte conexão do presente capítulo com a doutrina. Este capítulo não se destina a dialogar com a doutrina e muito ao menos criticá-la. Trata-se apenas de um relato do atual posicionamento doutrinário acerca das prerrogativas públicas, bem como de sua relação com pontos sensíveis do Direito Administrativo, a exemplo do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

²⁹ Cf. Sabino CASSESE, *Las Bases Del Derecho Administrativo*, p. 80.

A abertura de um capítulo destinado ao estudo da teoria geral das prerrogativas públicas justifica-se duplamente. Primeiramente, por meio deste estudo depreendem-se as características essenciais das prerrogativas imperativa e sancionadora, ambas trabalhadas na dissertação, enquanto espécies do gênero prerrogativas públicas, bem como o conteúdo dos argumentos de resistência aos módulos consensuais (supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público) pela perspectiva do poder administrativo. Ademais, a incursão sobre as bases das prerrogativas públicas no Direito Administrativo, que enseja a análise da Escola da *Puissance Publique* a partir da produção acadêmica de Maurice HAURIOU, propicia melhor compreensão das características das prerrogativas, além de assinalar a influência dessa corrente teórica na construção do Direito Administrativo brasileiro.

Dessa forma, o capítulo se destina a sistematizar as características gerais das prerrogativas públicas depreendidas pela leitura do material doutrinário selecionado, características essas de inquestionável utilidade à verificação da atuação administrativa autoritária, calcada no emprego da prerrogativa imperativa.

1.1. Regime jurídico-administrativo, prerrogativas públicas e a Escola da *Puissance Publique*: autoridade no Direito Administrativo brasileiro

Enquanto ente integrante do Estado, a Administração Pública reveste-se de parcela do poder político³⁰, o “*poder administrativo*”.

Segundo Norberto BOBBIO, o poder público é tradicionalmente entendido como constituído pelo *dominium* e pelo *imperium*, respectivamente correspondentes ao poder sobre as coisas (poder econômico) e ao poder de comando sobre os homens. Em sentido estrito, o poder político seria o próprio *imperium*³¹. Só por essas características, depreende-

³⁰ O poder político relaciona-se diretamente ao conceito de soberania, por meio da qual o poder disperso na sociedade concentra-se e se reveste de legitimidade, constituindo, então, poder de direito. Reconhecido como poder soberano, o poder político apresenta como nota peculiar a manutenção do monopólio da coerção, fator indispensável à ordenação da sociedade na medida em que termina por se situar em posição de supremacia sobre os demais poderes sociais. Cf. Carlos Ari SUNDFELD, **Fundamentos de Direito Público**, p. 20 e ss. Cf., ainda, Floriano de Azevedo MARQUES NETO, para quem a soberania encerra a “*inoponibilidade do poder frente aos outros Estados e aos demais pólos de poder existentes na sociedade*”. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 33.

³¹ **Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política**, p. 84.

se a condição de *supremacia* do detentor do poder político, ou, mais especificamente, do poder administrativo, em relação aos destinatários do exercício deste poder. Ademais, o fato de o poder administrativo decorrer da soberania estatal, cuja principal característica reside em determinar a superioridade estatal³², corrobora para a compreensão da autoridade a partir do poder administrativo.

A presença do poder administrativo na Administração Pública determina, portanto, a autoridade³³ no Direito Administrativo, dado o estreito relacionamento entre este ramo do Direito com a Administração Pública e o regime administrativo. Mesmo com a superação do Estado de Polícia pela submissão do Estado ao Direito, a assunção de diversas competências administrativas pela Administração Pública no bojo do Estado Social e o primado do interesse público, o elemento autoritário remanesce na atuação administrativa³⁴.

Conforme a linha de entendimento prevalecente, do poder administrativo resultam as *prerrogativas públicas*, é dizer, as prerrogativas exorbitantes que afirmam a superioridade da Administração Pública na relação administrativa consistem na tradução do poder administrativo estatal. Elucidativa é a passagem de Manuel Maria DIEZ:

“Este poder político do Estado se fraciona em facultades particulares mediante as quais se realiza a função administrativa. Seu estudo dá origem à denominada teoria das potestades administrativas³⁵”. (tradução livre)

³² “Desde el punto de vista etimológico, el concepto de soberanía implica el de superioridade, vale decir, preeminencia jerárquica, lo que equivale al derecho de dar órdenes y al deber de obedecerlas. Es soberano un poder que está supra-ordenado respecto de los demás. Por ello se ha dicho que es soberanía, la superioridad absoluta de un poder del Estado con relación a todos los demás poderes del mismo”. Manuel Maria DIEZ, **Derecho Administrativo**, p. 36-37.

³³ A autoridade atrela-se diretamente ao poder, podendo ser compreendida como “uma relação de poder estabilizado e institucionalizado em que os súditos prestam uma obediência incondicional. Esta concepção se manifesta sobretudo no âmbito da ciência da Administração”. Mario STOPPINO, **Dicionário de Política**, p. 88.

³⁴ Cf. Vasco Pereira da SILVA, **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**, p. 64 e ss. Nesse sentido, Floriano de Azevedo MARQUES NETO pontua: “[o] atrelamento da atividade do Estado – e, por conseguinte, da Administração Pública – aos limites e autorizações ditados pela Constituição e pela lei não afasta a realidade de que a ação estatal pressupõe prerrogativas e restrições aos direitos dos particulares, decorrentes fundamentalmente da centralização da autoridade. Ou, de outro modo, da supremacia do público sobre o privado”. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 71.

³⁵ **Derecho Administrativo**, p. 214. Também no cenário nacional verifica-se a relação entre soberania, poder político e prerrogativas públicas: “pelas prerrogativas públicas revela-se a presença do poder na ação administrativa, bem como por esses privilégios é que o direito administrativo se articula com os demais ramos do direito público e, em especial, com o direito constitucional, visto que as prerrogativas são a expressão da parte da soberania do Estado atribuída ao poder governamental”. José CRETELLA JR., **Curso de Direito Administrativo**, p. 32. Segundo Miguel S. MARIENHOFF, “el poder es atributo del Estado – ‘latu sensu’ –, en tanto que la ‘potestad’, en lo que respecta a su ejercicio, puede ser prerrogativa

Por essa linha de exposição, as prerrogativas públicas consistem em privilégios conferidos à Administração Pública para exercício da função pública que, oriundos do poder administrativo, terminam por situá-la em posição de superioridade em relação ao administrado.

As prerrogativas públicas listadas pela doutrina administrativista denotam o poder administrativo. Diversos são os exemplos de prerrogativas públicas apresentados pelos administrativistas: auto-executoriedade dos atos administrativos, poder de tutela, poder hierárquico, poder de expropriar, poder de requisitar bens e serviços, prerrogativa imperativa, poder de polícia, prerrogativa sancionatória, poder de instituir servidões, poder de modificação e de rescisão unilateral dos contratos administrativos, poder disciplinar, presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos. Todas, invariavelmente, encerram a autoridade do estado, quer pela nota da coação, quer pela criação de procedimentos extremamente vantajosos ao ente público. Como traço comum, todas as prerrogativas públicas marcam a superioridade da Administração em relação aos administrados³⁶.

As principais características das prerrogativas públicas reconhecidas pela doutrina administrativista – a exorbitância e a instrumentalidade – decorrem, em certa medida, da exposta linha de entendimento que concebe as prerrogativas como exteriorização do poder administrativo. Porém, foi a Escola da *Puissance Publique*, guiada pelas expostas considerações da teoria geral do Estado, que maior influência exerceu sobre a construção teórica das prerrogativas públicas no Direito Administrativo, a qual será analisada na sequência.

inherente a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Publica”, **Tratado de Derecho Administrativo**, p. 573. Héctor Jorge ESCOLA assim expõe: “[l]as potestades administrativas, que no son sino una forma o modo del poder único del Estado, lato sensu, se reconocen como los medios jurídicos, en su múltiple variedad, que son reconocidos y otorgados a la administración pública, para que ésta pueda cumplir sus funciones y cometidos, y alcanzar los fines de bien común que le son inherentes”. **Compendio de Derecho Administrativo**, p. 199.

³⁶ “Os chamados ‘atributos’ do ato administrativo (presunção de legitimidade – e de regularidade –, imperatividade e auto-executoriedade) foram concebidos durante período pretérito. Essa visão tradicional reflete a influência de concepções não democráticas do Estado. Há forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que identificavam a atividade administrativa como manifestação da ‘soberania’ estatal. Como decorrência, o ato administrativo traduzia as ‘prerrogativas’ do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência”. Marçal JUSTEN FLHO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 300.

1.1.1. A Escola da *Puissance Publique*

Ao lado de Henry BERTHÉLEMY, MICHOUX e León DUGUIT, Maurice HAURIOU pertence à segunda geração de publicistas franceses contextualizada na Terceira República da França³⁷. Em comum, tais publicistas tinham o propósito de delimitar racionalmente a autonomia do Direito Público mediante a revisão de conceitos basilares da teoria geral do Estado, como, por exemplo, a noção de soberania e o próprio conceito de Estado. Assim, estes autores foram verdadeiros estadistas que buscaram conformar o Direito Público e, mais especificamente, o Direito Administrativo, através de um método de investigação marcado pela interdisciplinaridade, na qual estão abrangidos a sociologia, a filosofia e a história do Direito.

Dentro do cenário de busca pela delimitação do Direito Administrativo como ramo autônomo e, principalmente, desvincilhado do Direito Privado, com regime e critério de identidade peculiares, se desenvolveu a produção de HAURIOU³⁸. Precursor da Escola da *Puissance Publique*, fundada sobre a identificação da *puissance publique* como elemento integrativo do Direito Administrativo, HAURIOU compilou os trabalhos anteriores que já versavam sobre a *puissance publique*³⁹ e sistematizou o instituto no centro da noção de regime administrativo, influenciando os posteriores representantes da Escola de Toulouse. Por essas razões, seus principais trabalhos – *Précis de Droit Administratif* e *Précis de Droit Public* – são considerados paradigmas da Escola da *Puissance Publique*, o que justifica escolha por analisar esta Escola a partir destes escritos. Esse é o escopo do presente item.

Para HAURIOU, o regime administrativo, compreendido como o corpo especial de regras jurídicas do Direito Administrativo, caracteriza-se (i) pela centralização das funções

³⁷ José Fernando de Castro FARIAS, **A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX**, p. 5-6.

³⁸ Precursor da Escola do Poder Público (“*École de la Puissance Publique*”), também denominada Escola de Toulouse, a contribuição do publicista ao desenvolvimento do Direito Público como um todo é notória, podendo ser considerada como uma das bases filosóficas do Direito Administrativo dos países filiados ao sistema do *civil law*. Os exemplos da teoria da instituição e do regime administrativo, suas duas maiores formulações teóricas, bastam para demonstrar a magnitude da projeção da doutrina de HAURIOU.

³⁹ Odete MEDAUAR informa que a idéia de *puissance publique* foi antes defendida por LAFERRIÈRE e AUCOC, ambos publicistas da primeira geração francesa. Cf. **O Direito Administrativo em Evolução**, p. 37.

administrativas em um Poder único (Poder Executivo centralizado) e (ii) pela natureza executiva do poder (jurídico autônomo) conferido à Administração Pública. Da conjugação de ambas as características no regime administrativo decorreriam os direitos exorbitantes, a hierarquia entre agentes e a jurisdição administrativa apartada da ordinária. Separação dos Poderes, submissão da Administração Pública à lei e existência de poder administrativo no âmbito da Administração Pública são, portanto, elementos estruturantes do regime administrativo⁴⁰.

Na doutrina de HAURIOU a noção de “*centralização*” é fundamental para compreender a aceção de regime administrativo. Segundo o autor, o regime administrativo resultaria do movimento de “*centralização administrativa*”, etapa seguinte à centralização política e jurídica⁴¹ do Estado, na qual as relações (“*centralisation des affaires*”) e o pessoal administrativo (“*centralisation du personnel administratif*”) seriam então unificados na figura da Administração central.

Grande parte da centralização administrativa do Estado dever-se-ia à “*centralização econômica*”, vertente mais expressiva da centralização das relações. Para tanto, parte-se da premissa de que interesse geral e interesse particular são apartados e, cada qual, é respectivamente titularizado pelo Estado e pelos particulares. Segundo o publicista, o reconhecimento do interesse geral no âmbito da esfera pública estatal distinto da esfera privada delimitada pelo interesse particular foi determinante para que o Estado se incumbisse de prestar determinados serviços de interesse geral essenciais à vida privada, que eram até então somente prestados pelos cidadãos. Dada a prestação contínua e regular dos serviços públicos de interesse geral pelo Estado, como a segurança e a construção de vias de transporte, HAURIOU acreditava que paulatinamente os particulares deixariam de desenvolvê-los, resultando, portanto, na centralização econômica. A ingerência estatal no domínio econômico para prestação de serviços públicos de interesse geral, denominada por

⁴⁰ Embora HAURIOU reconhecesse em praticamente todos os países funções administrativas, somente alguns contariam com o regime administrativo na disciplina do funcionamento da estrutura burocrática do Estado, pois apenas determinados sistemas apresentariam os referidos elementos estruturantes do regime administrativo nos moldes propostos. O regime administrativo estaria efetivamente presente nos países da Europa Continental, sendo a França o país onde ele se apresentaria mais forte. Porém, o regime administrativo não estaria presente nos países filiados ao sistema do *common law*, embora eles desempenhassem diversos serviços públicos, uma vez que a Administração Pública não seria a principal força estatal. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général**, p. 2.

⁴¹ Da centralização política e jurídica resultaria a unidade do Direito no interior do Estado, bem como a garantia da promoção estatal de funções indispensáveis, como a defesa exterior, a polícia interior e a justiça, na linha liberal. Cf. **Principes de Droit Public**, p. 571. Por sua vez, a centralização administrativa propiciaria unidade de execução e gestão dos serviços pela criação de uma Administração central hierarquizada, superior às Administrações locais. Cf. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**, p. 44-45.

HAURIOU de intervenção do Estado (“*intervention de l’État*”) ou estatismo (“*estatisme*”), marca, portanto, a centralização econômica⁴².

Quanto à centralização do pessoal administrativo, duas são as formas assinaladas por HAURIOU: “*centralização das Administrações locais*” (“*centralisation des administrations locales*”), por meio da qual as autoridades locais passariam a se submeter amplamente à Administração central, inclusive quanto à decisão administrativa e à escolha dos agentes públicos para composição do seu quadro de pessoal, e “*centralização das Administrações especiais*” (“*centralisation des administrations spéciales*”), em que os serviços especiais, bem como o corpo técnico especializado responsável pela prestação do serviço, seriam centralizados na figura da Administração central.

Dessa forma, a centralização administrativa seria motivada fundamentalmente pelas necessidades comuns dos indivíduos, o interesse geral, cometidas ao Estado na qualidade de serviços públicos. Embora a noção de serviço público não seja central na definição de Direito Administrativo formulada por HAURIOU, ela desempenha importante papel em sua teoria por concomitantemente legitimar e autolimitar objetivamente a *puissance publique*⁴³. Para reforçar a importância da autolimitação objetiva da *puissance publique* pelo viés dos serviços públicos, o publicista critica a doutrina alemã da Herrschaft que, em linhas gerais, defende a autodeterminação subjetiva da vontade dos governantes. De semelhante forma, criticou também LABAND e JELLINEK, filiados à tese da limitação espontânea do poder⁴⁴.

Importa advertir que o serviço público não é, na teoria de HAURIOU, o elemento legitimador das prerrogativas públicas, mas sim o interesse geral que comete ao Estado o dever de prestar serviços públicos essenciais à vida privada e de garantir a ordem pública. O interesse geral fundamentaria a formulação teórica do regime administrativo concretamente traduzido no dever de o Estado prestar determinados serviços públicos à coletividade, assim como da garantia da ordem pública. Materialmente, o regime administrativo é definido como “*a puissance publique em que o governante central assume*

⁴² **Principes de Droit Public**, p. 571-576; p. 596-595.

⁴³ “*Et, pour la garantie de la continuité des services, les citoyens laissent s’organiser au profit de l’administration centralisée des privilèges de puissance publique qui, à les regarder de près, sont surprenants*”. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général**, p. 3.

⁴⁴ Cf. Odete MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, p. 71.

a polícia do regime civil da Nação, organizando os serviços públicos sobre a base dos quais a vida civil se estabelece⁴⁵”. (tradução livre)

HAURIOU enumera, ainda, quatro procedimentos de centralização administrativa, quais sejam, a “centralização da coação e da força pública”, a “centralização do poder de decisão”, a “centralização da competência técnica” e a “centralização da escolha dos agentes públicos”⁴⁶. Para compreender a *puissance publique*, necessário atentar à centralização administrativa do poder de coação (“centralisation de la contrainte”). Trata-se da faceta da centralização administrativa mais relevante na formulação teórica de HAURIOU, pois compreendida como fonte da *puissance publique*.

Conceituada como o movimento de concentração estatal das forças civis de polícia, a centralização administrativa do poder de coação superaria o cenário de fragmentação do poder e reuniria no aparelho do Estado o monopólio da força pública. A *puissance publique* consiste no resultado da concentração administrativa do poder de coação. Segundo HAURIOU,

“a *puissance publique* seria, assim, simplesmente, a coação concentrada entre os meios do governo do Estado para ser empregado aos fins públicos, especialmente à execução das decisões, e nós já vimos, em efeito, que esta concentração da coação seria um dos elementos essenciais do regime público e da centralização administrativa. A *puissance publique* seria então o poder que faz ao governo do Estado a concentração da força pública⁴⁷”. (tradução livre)

É nesse contexto que HAURIOU relaciona a *puissance publique* ao regime administrativo⁴⁸. Resultado da centralização administrativa, notadamente a centralização

⁴⁵ **Principes de Droit Public**, p. 571. No original: “Le régime administratif est un prolongement et une modalité du régime civil; il consiste en ce que la Puissance publique du gouvernement central assume la police du régime civil de la nation, en organisant des services publics sur la base desquels la vie civile s’établit”. *Idem, ibidem*.

⁴⁶ **Précis de Droit Administratif et e Droit Public Général**, p. 126 e ss.

⁴⁷ *Idem*, p. 133. No original: “La puissance publique serait ainsi, tout simplement, la contrainte concentrée entre les mains du gouvernement de l’État pour être employée à des fins publiques, spécialement à l’exécution des décisions, et nous avons déjà vu, en effet, que cette concentration de la contrainte était un des éléments essentiels du régime public et de la centralisation administrative. La puissance publique serait donc le pouvoir que donne au gouvernement d l’État la concentration de la force publique”. *Idem, ibidem*.

⁴⁸ Na obra **Principes de Droit Public**, vantagens e desvantagens da existência do regime administrativo foram sopesadas por HAURIOU. No que tange às vantagens, o regime administrativo primeiramente garantiria significativas comodidades à vida civil na medida em que viabilizaria a prestação coordenada dos serviços de interesse geral pela Administração Pública centralizada. Ainda, o regime administrativo aumentaria a segurança jurídica, pois os serviços públicos seriam prestados de forma regular e contínua, além de constituírem medidas de polícia preventivas no entendimento de HAURIOU. Demais disso, a prestação universal dos serviços públicos sem privilegiar certas classes sociais, em especial a classe burguesa, faria do

da coação, a noção de regime administrativo remeteria imediatamente à *puissance publique* e aos correspondentes direitos de *puissance publique*. Disciplinada pelo regime administrativo, a Administração Pública disporia, portanto, da *puissance publique* para desenvolver suas atividades de tutela e satisfação do interesse geral⁴⁹.

A análise da construção teórica do regime administrativo procedida por HAURIOU permite identificar a origem da *puissance publique* e sua centralidade no conjunto normativo exorbitante que disciplina a Administração Pública, comportando-se como o critério de identificação do Direito Administrativo. Se para León DUGUIT o serviço público consistiria no critério de identidade do Direito Administrativo, HAURIOU, em sentido oposto, defendeu a tese de que a *puissance publique* seria o elemento central deste ramo do Direito que iniciava a adquirir substrato próprio.

Compreendido nos parâmetros condizentes à *puissance publique*, seria o regime administrativo responsável por conformar o Direito Administrativo:

“o regime administrativo engendrou um tipo de direito deveras diferente do Direito Civil, em certas considerações mais flexível e mais vantajoso. Ele é fundado sobre a prerrogativa, quer dizer que as Administrações são consideradas como personagens situadas acima dos administrados; é um direito que progride pelas decisões unilaterais da puissance publique mais que pelas relações. Nestas condições, ele não é limitado pela justiça estrita das relações sinalagmáticas”⁵⁰. (tradução livre)

No prefácio à 11ª edição da obra “*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*”, Maurice HAURIOU analisou criticamente as bases Escola do Serviço Público a partir do artigo “*Le Service Public*”, de Gastón JÉZE, e da produção acadêmica de DUGUIT. Segundo HAURIOU, o Direito Administrativo francês se apoiaria sobre dois fortes

regime administrativo uma condição de existência da democracia no regime de Estado. Quanto aos inconvenientes do regime administrativo, HAURIOU constata serem todos decorrentes dos descompassos da centralização administrativa, ganhando evidência a dificuldade de gestão da população local (p. 588-594).

⁴⁹ “*C’est cette administration centrale qui amène le régime administratif, c’est-à-dire qui entraîne, avec le pouvoir prépondérant de l’administration, de grosses modifications constitutionnelles et des restrictions nombreuses pour les libertés privées*”. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général**, p. 3.

⁵⁰ **Principes de Droit Public**, p. 592. No original: “*le régime administratif a engendré un type de droit très différent du droit civil, à certains égards plus souple et plus avantageux. Il est fondé sur la prérogative, c’est-à-dire que les administrations y sont considérées comme des personnages puissants placés au-dessus des administrés; c’est un droit qui progresse par les décisions unilatérales de la puissance publique plutôt que par des relations. Dans ces conditions, il n’est pas limité par la stricte justice des relations synallagmatiques*”. *Idem, ibidem*. Apesar da exposta conformação autoritária, HAURIOU reconhece o Direito Administrativo “*mais humano*”, pois Administrações Públicas e juízes administrativos teriam consciência do “*dever superior*” de satisfação do interesse geral, o que terminaria por humanizar as relações jurídico-administrativas travadas com os administrados. *Idem, ibidem*.

conceitos, centrais à ciência do Direito Administrativo conforme a linha teórica adotada: o serviço público e a *puissance publique*. Guardadas as particularidades materiais, haveria ainda outra diferença entre ambos os conceitos quanto à dicotomia meios – fins, pois enquanto o serviço público corresponderia à prestação administrativa concreta, a *puissance publique* seria o meio de promoção do mesmo.

A sistematização inicial do Direito Administrativo francês pela primeira geração de publicistas⁵¹ se efetivou em torno da noção de *puissance publique* em detrimento da de serviço público, escolha “intuitiva” esta reputada adequada por HAURIOU enquanto a ciência do Direito versaria sobre os meios para alcançar os correspondentes objetivos⁵². Dessa forma, situar o serviço público (finalidade) como o elemento central do Direito Administrativo em detrimento a *puissance publique* (meio) constituiria no grande “erro” da Escola do Serviço Público. O elemento central do Direito Administrativo corresponderia, portanto, à noção de *puissance publique*:

“o Direito Administrativo, que é o direito da atividade administrativa, explica-se como uma regulamentação dos poderes da Administração que se torna direitos de puissance publique, ou de exercício destes poderes por atos administrativos, todos em conflito com os direitos dos particulares, que são os poderes privados”⁵³. (tradução livre)

Resultado da centralização administrativa do poder de coação, a *puissance publique* é conceituada por HAURIOU como o poder de constituir unilateralmente os cidadãos em obrigações e impor servidões excepcionais à propriedade privada⁵⁴. Integrada no centro do regime administrativo, a *puissance publique* dotaria a Administração Pública central de

⁵¹ Compõem a primeira geração de publicistas franceses AUCOC, BATBIE, DUCROCQ e LAFERRIÈRE. Cf. José Fernando de Castro FARIAS, *A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX*, p. 6.

⁵² “En somme, le droit traditionnel, dans ses objectives, place les pouvoirs de volonté, qui sont les moyens d’action avant les buts”. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**, p. 1.

⁵³ *Idem*, p. 7. No original: “le droit administratif, qui est le droit de l’activité administrative, ne s’explique que comme une réglementation des pouvoirs de l’administration, devenus droits de puissance publique, ou de l’exercice de ces pouvoirs par des actes d’administration ou par des opérations administratives, le tout en conflit avec les droits de particuliers, qui sont pouvoirs privés”. *Idem, ibidem*. Mais adiante, HAURIOU especifica sua concepção de Direito Administrativo: “le droit administratif est cette branche du droit public que régle: 1°. l’organisation de l’entreprise de l’administration public et des diverses personnes administratives en lesquelles elle s’est incarnée; 2°. les pouvoirs et les droits que possèdent ces personnes administratives pour actionner les services publics; 3°. l’exercice de ces pouvoirs et de ces droits par la prérogative, spécialement par la procédure d’action d’office, et les conséquences contentieuses qui s’ensuivent”. *Idem*, p. 23-24.

⁵⁴ “Les droits de puissance publique, qui se justifient par des considérations particulièrement pressantes d’utilité publique, et qui ont pour caractéristique d’imposer aux citoyens des obligations, à la propriété privée des servitudes exceptionnelles”. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général**, p. 121.

força para desenvolver seus correspondentes deveres de interesse geral. Trata-se, portanto, de medida de eficácia dos provimentos administrativos, o meio de satisfação dos fins de interesse geral que terminaria por situar a *puissance publique* no protagonismo do Direito Administrativo.

Depreende-se, nessa toada, a primeira característica da *puissance publique* conforme a doutrina de HAURIOU, qual seja, a nota da *instrumentalidade*. Já pela gênese da *puissance publique*, correspondente à centralização administrativa do poder de coação motivada pela necessidade de satisfação de interesses gerais, infere-se que esta prerrogativa atrela-se a determinadas finalidades de utilidade pública. De fato, a *puissance publique* destinar-se-ia a garantir a ordem pública e a viabilizar a gestão de serviços públicos, como se verifica em uma das passagens conceituais (teleológicas) traçadas por HAURIOU:

“poder administrativo encarregado de assegurar a manutenção da ordem pública e a gestão dos serviços públicos dentro da medida das relações de direito público⁵⁵”. (tradução livre)

Ademais, a *puissance publique* configura prerrogativa *exorbitante* da esfera privada, característica esta subentendida da noção de regime administrativo. Conforme se expôs, o Direito Administrativo seria reconhecido por HAURIOU pelo conjunto de regras especiais voltadas à disciplina da estrutura administrativa e, principalmente, do poder administrativo, retirado da esfera privada e centralizado na Administração central. A exorbitância é tão evidente na teoria do publicista em pauta que a funcionalidade primeira do regime administrativo seria a de conferir autonomia do Direito Administrativo em relação ao Direito Comum. Conseqüentemente, também a *puissance publique* seria exorbitante, enquanto elemento central do regime administrativo.

Da conjugação da característica da exorbitância com o conteúdo material da *puissance publique*, tem-se a *supremacia* da Administração Pública central perante os particulares. Incumbida do “*dever superior*” de prestar determinados serviços públicos e, dessa forma, satisfazer o interesse geral (fator de legitimação da *puissance publique*), a

⁵⁵ No original: “la puissance publique est un pouvoir administratif chargé de assurer le maintien de l’ordre public et la gestion du services publics dans la mesure des affaires courantes du public, le tout également pas une action d’office”. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**, p. 8-9.

Administração central se situaria em posição de superioridade face aos administrados, com os quais estabeleceria relações marcadamente verticalizadas.

A *puissance publique* assinala, assim, a desigualdade das relações administrativas, em que a Administração Pública se posicionaria acima dos administrados por deter direitos de *puissance publique*. Essa assertiva enseja a construção conceitual do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois tanto a origem da *puissance publique* quanto os exercícios dos direitos dessa natureza pela Administração condicionam-se à satisfação do interesse geral. Se a presença da *puissance publique* marca a verticalidade das relações administrativas e aquela, por sua vez, funda-se no interesse geral, a supremacia da Administração consiste na supremacia do interesse geral, cuja tutela é dever do ente administrativo.

Dessa forma, para bem prestar os serviços públicos de interesse geral cometidos ao Estado, a Administração central disporia de *poder administrativo*, consistente no resultado da junção da “*prerrogativa de coação ou de requisição*” (“*pouvoir de contrainte ou de réquisition*”) e da “*prerrogativa de ação direta*” (“*procédure de l’action directe*”) no âmbito do regime administrativo⁵⁶. Conforme já analisado, o poder de coação, ou de requisição, é a própria *puissance publique*. Por sua vez, a prerrogativa de ação direta concerne aos procedimentos extrajudiciais que viabilizam uma atuação administrativa direta, sem necessidade de homologação judicial⁵⁷. São exemplos deste tipo de prerrogativa pública a “*prérogative de l’action d’office*” e a “*prérogative de la procédure par décision exécutoire*” (auto-executoriedade).

Logo, conforme a presença da coação, os direitos detidos pelas pessoas administrativas são classificados por HAURIOU em direitos de *puissance publique* ou em direitos de pessoa privada. Estes direitos, destituídos de coação, seriam correspondentes aos direitos dos particulares, previstos no Direito Comum. Os direitos de *puissance publique*, nada mais que “*prerrogativas públicas*”, seriam marcados pela exorbitância e teriam a mesma materialidade da *puissance publique*, i.e., destinar-se-iam a impor obrigações aos administrados ou a constituir servidões sobre a propriedade privada. São

⁵⁶ **Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général**, p. 21-22.

⁵⁷ A prerrogativa de ação direta confere celeridade à atuação administrativa, caracterizando procedimentos administrativos “*rápidos e vantajosos*”, segundo HAURIOU, na medida em que as decisões administrativas não se submetem ao crivo do Poder Judiciário. Contudo, com o incremento do papel de controle dos atos administrativos desempenhado pelo Judiciário, o publicista anota a relativa perda de importância dos procedimentos de ação direta. *Idem*, p. 25.

exemplos de direitos de *puissance publique* os direitos de polícia e os direitos de expropriação.

A clássica dualidade *autoridade – liberdade* foi trabalhada por HAURIOU quando da previsão de determinadas garantias aos administrados oponíveis à Administração no momento do exercício dos direitos de *puissance publique*. Assim, (i) a expropriação deveria ser precedida de um procedimento legal, de onde se depreende a aplicação do princípio do devido processo legal, embora o publicista não faça referência direta ao instituto, (ii) seria imprescindível a previsão legal de todos os encargos e obrigações decorrentes do exercício dos direitos de *puissance publique* e (iii) tais direitos deveriam observância ao princípio da igualdade material⁵⁸.

Um importante apontamento corresponde ao dever de exercício dos direitos de *puissance publique*. Conforme HAURIOU, a presença de direitos de *puissance publique* na esfera exorbitante do Estado implicaria na inaplicabilidade imediata dos direitos de natureza privada nas relações travadas pela Administração Pública⁵⁹. Trata-se de um critério eminentemente orgânico: na medida em que as normas de direito privado se voltam à disciplina das relações entre particulares, elas não poderiam, em princípio, reger a atividade administrativa. A Administração Pública deve se valer, necessariamente, dos direitos de *puissance publique*.

Até mesmo nas denominadas “situações de gestão”, os direitos de *puissance publique* deveriam ser exercidos: “*mesmo os contratos administrativos, tais quais os mercados de trabalhos públicos ou de obras públicas, fortemente influenciados pela situação de gestão pública, eles [direitos de *puissance publique*] intervêm e incluem cláusulas exorbitantes*”⁶⁰ (tradução livre). Depreende-se, assim, a característica da “*inafastabilidade*” da *puissance publique* na teoria de HAURIOU.

Ademais, os direitos de *puissance publique* são qualificados por HAURIOU como “*imprescritíveis e inalienáveis*”; as concessões desses direitos aos concessionários de serviço público, por exemplo, não transfere a titularidade dos mesmos, mas tão somente o exercício dos direitos de *puissance publique* pelos particulares.

⁵⁸ *Idem*, p. 503.

⁵⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁶⁰ *Idem*, p. 504. No original: “[m]ême les contrats administratifs, tels que les marchés de travaux publics ou les marchés de fournitures, sont fortement influencés par la situation de gestion publique dans laquelle ils interviennent et cela entraîne des clauses exorbitantes”. *Idem*, *ibidem*.

Uma vez que o regime administrativo – e, no mais, a própria *puissance publique* – fundamenta-se na prestação de serviços públicos de interesse geral pela Administração central, também os direitos de *puissance publique* guardam efetiva relação com os serviços públicos, inclusive relação de legitimidade. Além de garantir a ordem pública, os direitos de *puissance publique* existem para viabilizar a prestação de serviços públicos de interesse geral pelo Estado segundo a doutrina de HAURIOU, de tal forma que dois estágios superpostos desses direitos são identificados pelo autor. No primeiro estágio, os *direitos em virtude dos quais são organizados os serviços públicos* (“*droits en vertu desquels sont organisés les services publics*”) se coadunam com funções técnicas e destinam-se a prestar efetivamente os serviços públicos⁶¹. No segundo estágio, os *meios de gestão dos serviços públicos* afastam-se das contingências técnicas e se atrelam à administração do serviço prestado, razão pela qual são evidenciados nos direitos sobre os agentes públicos, nos direitos que recaem sobre o domínio público e, ainda, nos direitos de expropriação.

A teoria de HAURIOU sobre a *puissance publique* pode ser sintetizada da seguinte forma:

1. O regime administrativo resulta do movimento de centralização administrativa, cuja principal faceta – a centralização administrativa do poder de coação – dá origem à *puissance publique*;
2. O interesse geral, titularizado pelo Estado e apartado do interesse privado, consiste no fundamento legitimador da centralização administrativa do poder de coação e, dessa forma, da *puissance publique*;
3. A *puissance publique* é o elemento central do regime administrativo e, conseqüentemente, do Direito Administrativo, que se atrela diretamente ao regime administrativo;
4. A *puissance publique* consiste no poder detido pela Administração central de constituir os administrados unilateralmente em obrigações e de impor servidões excepcionais à propriedade privada com a finalidade de satisfazer o interesse geral por viabilizar a gestão dos serviços públicos e garantir a ordem pública;
5. São características da *puissance publique* a exorbitância, a instrumentalidade e a inafastabilidade;

⁶¹ *Idem*, p. 505.

6. Para tutela do interesse geral, a Administração central detém direitos de *puissance publique* e direitos de Direito Privado.

1.1.2. Autoridade no Direito Administrativo brasileiro: as prerrogativas públicas como tradução do poder administrativo

Um dos temas centrais ao Direito Administrativo corresponde à *relação autoridade – liberdade*, considerada como a dicotomia fundamental deste sistema, tanto que remonta às origens da construção deste sistema: no bojo do Estado Moderno, caracterizado pela concentração do poder então disperso na sociedade na figura do Estado, o Direito Administrativo surge com uma inata função garantista de defesa dos direitos dos particulares frente ao Poder Público⁶². Todavia, a despeito da função garantista, o Direito Administrativo nasce com a índole eminentemente autoritária, pois lhe são conferidos poderes exorbitantes e instrumentais à prevalência dos interesses estatais sobre os particulares⁶³.

O componente autoritário do Direito Administrativo é reconhecido pelo regime administrativo composto por prerrogativas públicas que, exorbitantes e instrumentais, terminam por colocar a Administração Pública em posição de superioridade frente ao administrado, com o qual estabelece relações administrativas verticalizadas, no moldes da construção teórica da Escola da *Puissance Publique*. Trata-se de uma vertente própria ao Direito Administrativo europeu continental, que a traduz a forte preocupação dos correspondentes países em promover a unificação de seus Estados. Nessa medida, é inquestionável a influência dos escritos de Otto MAYER e Maurice HAURIOU sobre os países filiados ao sistema europeu continental de Direito Administrativo. Segundo Bernardo Giorgio MATTARELLA,

“Numa primeira fase de seu desenvolvimento [Direito Administrativo], portanto, a ênfase foi posta sobre aquilo que Giannini chamava de ‘momento da autoridade’. Daí a concessão da supremacia da Administração Pública sobre privados. Concessão não necessária, como demonstrado pelos precedentes históricos (os diversos impostaciones dos estudos pré-orlandianos) e da experiência estrangeira (dos países anglo-saxões). Mas concessão própria do Direito Administrativo continental: daquele francês, que Maurice Hauriou descrevia como o direito da

⁶² Cf. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 63 e ss.

⁶³ Bernardo Giorgio MATTARELLA, **Il Rapporto Autorità-Libertà e Il Diritto Amministrativo Europeo**, p. 910-911.

*puissance publique e da prerrogativa exorbitante, e daquele alemão, no qual Otto Mayer individualizava uma rechtlichen Ungleichheit entre Estado e súdito*⁶⁴”. (tradução livre)

No âmbito do Direito Administrativo brasileiro, é de se reconhecer também a influência da Escola da *Puissance Publique* para caracterização do regime jurídico-administrativo como composto por prerrogativas públicas em benefício da Administração Pública e, concomitantemente, sujeições à mesma Administração Pública em prol da garantia dos direitos dos indivíduos oponíveis à autoridade estatal⁶⁵. Precursor da Escola do Poder Público, a construção teórica proposta por Maurice HAURIOU do regime jurídico-administrativo em torno da noção de *puissance publique*, exteriorizada por meio das prerrogativas públicas, influenciou significativamente os países tradicionalmente alinhados ao sistema do *civil law*, a exemplo do Direito Administrativo brasileiro.

Como salienta Marçal JUSTEN FILHO,

*“a fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. Mais do que isso, predomina a influência do pensamento do Hauriou muito mais intensamente do que a visão de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado às concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoraram na primeira metade do século XX*⁶⁶”.

Dessa forma, o Direito Administrativo brasileiro é notadamente autoritário em razão da presença de prerrogativas públicas, fundamentadas no poder estatal e teorizadas a com base na Escola da *Puissance Publique*. Advirta-se, porém, não ser possível resumir o componente autoritário do Direito Administrativo brasileiro unicamente à influência de Maurice HAURIOU, o que simplificaria a riqueza de fatores que o levaram a ser estruturado por prerrogativas exorbitantes e instrumentais à satisfação de finalidades públicas. Importa assinalar que a Escola da *Puissance Publique* exerceu sensível influência na teorização do poder público e suas prerrogativas públicas, principalmente por conta a

⁶⁴ *Idem*, p. 991 No original: “Nella prima fase del suo sviluppo, quindi, l’enfase fu posta su quello Che Giannini chiamava Il ‘momento dell’autorità’. Da ciò la concezione della supremazia della pubblica amministrazione sui privati. Concezione non necessaria, come mostrato dai precedenti storici (le diverse impostazioni degli studiosi preorlandiani) e dalle esperienze straniere (dei paesi anglosassoni). Ma concezione propria del diritto amministrativo continentale: di quello francese, che Maurice Hauriou descriveva come il diritto della *puissance publique* e delle prerogative esorbitanti, e di quello tedesco, nel quale Otto Mayer individuava una *rechtlichen Ungleichheit* tra Stato e suddito”. *Idem*, *ibidem*.

⁶⁵ Cf. Maria Paula Dallari BUCCI, **Direito Administrativo e Políticas Públicas**, p.125.

⁶⁶ **Direito Administrativo de Espetáculo**, p. 67.

funcionalidade de centralização do poder administrativo na Administração Pública piramidal.

1.2. Características fundamentais das prerrogativas públicas: exorbitância e instrumentalidade

Duas características fundamentais às prerrogativas públicas são apresentadas pela doutrina de Direito Administrativo nacional: a “*exorbitância*” e a “*instrumentalidade*”. Na base da teoria geral das prerrogativas públicas encontram-se, portanto, ambos os atributos, a partir dos quais se desenvolve a sistematização das prerrogativas detidas pela Administração com o escopo de conferir-lhes conteúdo teórico e legitimação prática.

Conforme se analisará com maior detalhamento no decorrer do item, a exorbitância das prerrogativas públicas indica a imbricação entre elas e o regime administrativo, de forma que somente o ente público dispõe das mesmas em detrimento dos particulares quando do exercício da função administrativa. A nota da instrumentalidade, por sua vez, remete à funcionalidade das prerrogativas, especialmente no que tange à tutela do interesse público. Como consequência, a exorbitância assinala a verticalidade das relações administrativas, colocando em evidência a autoridade, enquanto a instrumentalidade cumpre o papel de legitimar a existência das prerrogativas públicas no Estado Democrático de Direito.

O trabalho desse item consiste em identificar o significado doutrinariamente atribuído às características mencionadas com vistas à avaliação do efeito produzido sobre a atuação administrativa autoritária.

1.2.1. Exorbitância das prerrogativas públicas à esfera particular

A clássica característica da *exorbitância* se afirma no Direito Administrativo dentro do contexto de busca pela autonomia científica que marcou o primeiro período de teorização daquele ramo do Direito. Alicerçada sobre a dicotomia Direito Público – Direito Privado, a exorbitância indica a peculiaridade dos institutos, regras, princípios e finalidades

do Direito Administrativo em relação ao Direito Comum, notadamente por voltar-se à realização do interesse público.

De forma geral, os administrativistas partem do pressuposto de que as prerrogativas públicas são inerentes ao *regime administrativo*⁶⁷. O Direito Administrativo seria lastreado por um regime jurídico exorbitante, derogatório do Direito Comum, razão pela qual as prerrogativas públicas também assim seriam qualificadas por integrarem o regime administrativo⁶⁸. Como decorrência desse entendimento, apenas nas atividades desenvolvidas sob a égide do regime administrativo a Administração Pública poderia exercer suas prerrogativas. Isso explica o porquê de alguns administrativistas salientarem que as atividades regidas pelo Direito Comum não comportam prerrogativas, como nos contratos de Direito Privado celebrados pela Administração⁶⁹.

Parcela outra da doutrina nacional, porém, tende a associar as prerrogativas à *estrutura orgânica* da Administração Pública. Nessa abordagem, a figura da Administração Pública antecederia à da atividade administrativa, de forma que as prerrogativas seriam detidas pela Administração independentemente do exercício de competências administrativas⁷⁰. Assim, as prerrogativas seriam conferidas à Administração Pública na medida em que (i) ela consiste em um ente estatal, portanto imbuído de poder público, e

⁶⁷ Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “sabe-se que o regime jurídico-administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições; as primeiras conferem poderes à Administração, que a colocam em posição de supremacia sobre o particular; as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, necessários para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos”. **Direito Administrativo**, p. 256. Nesse sentido, José CRETELLA JR. pontua: “as prerrogativas e sujeições, que regem a atividade da Administração, formam um quadro singular, com índices típicos e inconfundíveis – o regime jurídico exorbitante do direito comum, que se coloca na base das pessoas jurídicas públicas”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 32.

⁶⁸ “Em relação ao direito comum, ele [Direito Administrativo] é derogatório. Ele não se contenta em considerar problemas não propostos em direito privado, mas ele os resolve fazendo apelo a noções que o direito privado ignora (utilidade pública, *potestade pública*)” (grifei). Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, **Direito Administrativo**, 19ª ed., p. 58.

⁶⁹ “Observe-se, a final, que não gozam de qualquer privilégio os atos da Administração Pública praticados sob a égide de outros regimes jurídicos, a exemplo da permuta ou da adoção, que são regidas pelo Direito Civil, e do contrato de trabalho, regulado pelo Direito do Trabalho”. Diógenes GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 26-27. Por outra linha, Odete MEDAUAR salienta a impossibilidade de submissão completa dos vínculos contratuais firmados pela Administração ao regime de Direito Privado ante a presença orgânica da Administração Pública na relação, razão pela qual as regras atinentes às cláusulas necessárias, às prerrogativas públicas e à formalização devem incidir nos contratos de Direito Privado celebrados pela Administração. **Direito Administrativo Moderno**, p. 225.

⁷⁰ Segundo Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, “[n]a prática, Executivo e poder administrativo se confundem e interpenetram. Principalmente em se tratando hoje de gestão da economia e dos desenvolvimento econômico que serve sempre de motivo para a extensão freqüente das funções executivas”. **Do poder administrativo, o poder entre poderes**, p. 20.

(ii) tão somente o ente público possuiria o dever de consecução do interesse público, ao contrário do particular, que detém a mera faculdade de defesa do interesse público⁷¹.

Independentemente do critério de exorbitância das prerrogativas públicas, a característica da exorbitância é assente na doutrina nacional e assume relevante funcionalidade na dinâmica da atuação administrativa, pois consiste na chave prática de verticalização das relações administrativas travadas entre Administração Pública e administrado⁷². Dessa forma, o atributo da exorbitância das prerrogativas públicas é de grande utilidade prática, pois (i) serve de fator de desequilíbrio das relações administrativas (verticalidade) e, assim, (ii) viabiliza a imposição da decisão administrativa, determinando, inclusive, obrigações aos administrados.

Como consequência da exorbitância das prerrogativas públicas, denota-se a supremacia da Administração Pública frente ao administrado. No âmbito da atuação administrativa, a incidência das prerrogativas na relação administrativa termina por colocar a Administração em patamar de superioridade em relação aos administrados exatamente porque conta aquela com a faculdade de impor unilateralmente a decisão administrativa ao administrado. Em última análise, a Administração conta com meios práticos de imposição de suas decisões administrativas pela presença de prerrogativas exorbitantes.

1.2.2. Instrumentalidade das prerrogativas públicas

Consideradas por vários administrativistas como legítimos “*instrumentos de trabalho*”⁷³, as prerrogativas públicas seriam poderes meramente instrumentais conferidos à Administração Pública para viabilizar ou otimizar o desenvolvimento de suas atividades em prol da tutela do interesse público ou para garantir a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

⁷¹ “*Parte do Estado – ou, o próprio Estado –, uma pessoa jurídica pública ocupa na relação jurídico-administrativa um lugar todo especial e privilegiado, detentora que é de prerrogativas e privilégios de potestade pública, inexistentes nas conotações que defluem de personalidade jurídica de direito privado*”. José CRETILLA JR., **Prerrogativas e sujeições da Administração Pública**, p. 17.

⁷² Cf. José CRETILLA JR., **As cláusulas ‘de privilégio’ nos contratos administrativos**, p. 9.

⁷³ Cf. Hely Lopes MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 116, e Diógenes GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 142.

Analisar a instrumentalidade das prerrogativas públicas remete à verificação da *funcionalidade* que as mesmas desempenham no âmbito do Direito Administrativo. Por meio desse proceder, podem ser depreendidos os contornos dos efeitos concretos da ingerência das prerrogativas exorbitantes na atuação administrativa assinalados pela doutrina administrativista, adotando-se, para tanto, uma visão pela perspectiva da consequência (consequencialismo).

Primeiramente, importa salientar que não há *a funcionalidade* das prerrogativas no plano do Direito Administrativo nacional, pontual e uníssona, mas sim *diversas funcionalidades* atreladas à instrumentalidade das prerrogativas públicas. Resumidamente, as funcionalidades das prerrogativas públicas podem ser identificadas em três classes:

- (i) As prerrogativas públicas existem para satisfação do dever de tutela do *interesse público*;
- (ii) As prerrogativas públicas afirmam a posição de *supremacia* do interesse público sobre o privado, incorrendo na própria afirmação da supremacia da Administração na relação jurídico-administrativa;
- (iii) Para melhor consecução dos seus fins (*eficiência*), o ordenamento jurídico confere à Administração Pública prerrogativas públicas.

Da listagem das classes funcionais das prerrogativas, restam evidentes duas implicações, quais sejam, as prerrogativas públicas necessariamente se atrelam a um *fim de ordem pública* e as funcionalidades das mesmas terminam por fundamentá-las, servindo como verdadeiros *fatores de legitimação* das prerrogativas públicas.

Toda e qualquer atividade administrativa se atrela a um escopo de utilidade pública. É a finalidade pública determinada na regra de competência que impulsiona e conforma o desenvolvimento das atividades administrativas, fator de justificação da primazia da finalidade no âmbito da atuação administrativa funcionalizada. Sob tal perspectiva, as prerrogativas seriam meramente instrumentais na medida em que condicionadas pela

finalidade pública propulsora da atuação administrativa. Em relação ao fim público, portanto, tem-se a *instrumentalidade-fim* das prerrogativas públicas⁷⁴.

Independentemente da específica instrumentalidade que à prerrogativa se confira – satisfação do interesse público, supremacia da vontade administrativa ou eficiência – o fato é que a doutrina administrativista brasileira não considera prerrogativas desarraigadas a um dado fim de utilidade pública.

Sem a pretensão de esgotar os temas interesse público, supremacia do interesse público sobre o privado e eficiência, o esforço dos próximos itens se concentra em pormenorizar os desdobramentos concretos das prerrogativas públicas, com especial ênfase sobre os aspectos do fundamento e da prática das prerrogativas a partir de seu viés instrumental. Por meio desse estudo será possível identificar os óbices teóricos à adoção de acordos administrativos para desenvolvimento das competências administrativas, bem como os fundamentos da forte resistência aos módulos consensuais no plano prático.

Uma vertente da doutrina administrativista brasileira tende a legitimar as prerrogativas públicas pela noção de *interesse público*. Essa é a linha de pensamento adotada por José CRETELLA JR., cuja transcrição a seguir bem sintetiza a primeira funcionalidade das prerrogativas conferida pela doutrina administrativista nacional:

“O princípio consagrador desses privilégios, pesado sem dúvida para os administrados, justifica-se diante da regra do interesse público, que informa todo o Direito Administrativo”⁷⁵.

Tradicional construção do Direito Administrativo, o interesse público é concomitantemente apresentado como mote de existência e como a finalidade maior da Administração Pública, razão pela qual os princípios e as regras informadores do regime administrativo se construiriam em torno dessa formulação teórica. Assim também se procederia com o poder administrativo e sua tradução primeira – as prerrogativas públicas –, abrangidos pela sistemática do Direito Administrativo. Segundo Floriano de Azevedo MARQUES NETO,

⁷⁴ Segundo Odete MEDAUAR, “a referibilidade a um fim mostra o caráter instrumental do poder. Os limites postos pelo ordenamento ao exercício do poder administrativo correspondem à exigência de garantir o vínculo do poder ao fim para o qual foi atribuído. Mediante a idéia de função o poder administrativo apresenta, portanto, conotação peculiar, pois se canaliza a um fim, implicando, além de prerrogativas, deveres, ônus, sujeições”. **Direito Administrativo Moderno**, p. 107.

⁷⁵ **Curso de Direito Administrativo**, p. 210.

“[n]a construção teórico-jurídica do Direito Administrativo o interesse público assume ainda maior relevo, pois que vai emparelhar com a noção de autoridade na estruturação de todo o arcabouço teórico em apreço”⁷⁶.

Pela vertente doutrinária preponderante, o interesse público corresponderia ao interesse coletivo ou ao bem comum cujo valor moral e existencial⁷⁷ legitimaria as prerrogativas exorbitantes à esfera particular⁷⁸.

Além do dever de dizer o interesse público prevalecente no caso concreto (concepção nominalista do interesse público), também a Administração Pública incumbese por desenvolver as atividades administrativas para necessariamente atender a finalidades de interesse público. Em síntese, o dever de agir da Administração Pública vincularia toda a emissão de atos e celebração de contratos à finalidade última de satisfação do interesse público. No que tange ao aspecto finalístico do interesse público na atuação administrativa, importa salientar o *princípio da indisponibilidade do interesse público*.

O princípio da indisponibilidade do interesse público seria o desdobramento do primado do interesse público mais caro aos administrativistas que perfilham a exposta linha de entendimento. Princípio de difícil intelecção e, principalmente, de rasa tradução prática, seu conteúdo jurídico não se apresenta uniforme na doutrina administrativista brasileira. Apesar da fluidez, corriqueiramente o princípio é apresentado como óbice à celebração de acordos administrativos pela Administração Pública.

Da pesquisa doutrinária constata-se quatro conteúdos conferidos ao princípio da indisponibilidade do interesse público: (i) indisponibilidade da finalidade legal, (ii) indisponibilidade do dever de agir da Administração, (iii) indisponibilidade de bens e serviços públicos e (iv) indisponibilidade das competências administrativas (dentre elas, as prerrogativas públicas).

Primeiramente, (i) a indisponibilidade do interesse público corresponderia à negativa de o administrador público dispor do interesse público conforme a sua própria vontade, pois adstrito ao dever de tutela do interesse da coletividade preconizado no

⁷⁶ **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 79. Nesse diapasão, Odete MEDAUAR assim se posiciona: “[a] noção de interesse público aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento do poder; configura medida e finalidade da função administrativa”. **Direito Administrativo em Evolução**, p. 185-186.

⁷⁷ Cf. Gustavo BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, p. 87 e ss.

⁷⁸ **Elementos de Direito Administrativo**, p. 11-12.

comando legal. Trata-se da vertente de maior sofisticação argumentativa, sustentada principalmente por Celso Antônio Bandeira de MELLO, administrativista que mais se dedicou à construção e lapidação do princípio da indisponibilidade do interesse público, concebido pelo mesmo como uma das “*pedras de toque do regime jurídico-administrativo*” ao lado do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado⁷⁹.

Para este administrativista, o interesse público, e não a vontade do administrador, guiaria a administração propriamente dita e os bens públicos, determinando o tipo de provimento administrativo a ser adotado. Caberia ao administrador público tão somente explicitar o interesse público já estabelecido em lei formal e desenvolver a atividade administrativa para satisfação desse mesmo interesse público. Na medida em que a finalidade legal fosse atendida quando do desenvolvimento da atividade administrativa, o interesse público seria, então, tutelado pela Administração Pública. Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO,

“[a]s pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na sua própria esfera) em sua manifestação legislativa”⁸⁰.

O primado da indisponibilidade do interesse público importaria na submissão da atividade administrativa a outros princípios adstritos à finalidade legal, quais sejam, princípio da legalidade, princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa, princípio do controle administrativo ou tutela, princípio da isonomia e princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos⁸¹.

⁷⁹ “A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”. *Idem*, p. 11.

⁸⁰ *Idem*, p. 12. Mais adiante, o administrativista ainda salienta: “[a] atividade administrativa é subordinada à lei, e firmando que a Administração, assim como as pessoas administrativas (autarquias), não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente”. *Idem. ibidem*.

⁸¹ Ao avaliar o conteúdo jurídico do princípio da indisponibilidade do interesse público e sua aplicação prática para o Direito Administrativo, Edmir Netto de ARAÚJO assim coloca: “[n]a realidade, como os interesses públicos da Administração não se acham entregues à livre disposição do administrador, o que decorre com relação a tais valores não é simples poder, mas dever, obrigação, para o agente deles curar, objetivando o cumprimento da finalidade pública, como efeito da existência do interesse público do qual é parâmetro. A consequência imediata da indisponibilidade é que os direitos concernentes a interesses

Conforme a segunda acepção, (ii) o princípio da indisponibilidade do interesse público vedaria a inércia da Administração Pública, ou seja, haveria o inescusável dever de a Administração desenvolver atividades administrativas determinadas em regra de competência para satisfação do interesse público⁸².

Por uma outra linha mais restritiva, (iii) o princípio da indisponibilidade do interesse público impediria a disposição pela Administração dos serviços públicos e dos bens afetados à satisfação de determinada utilidade pública. Perfilham o exposto entendimento José CRETELLA JR. e Diógenes GASPARINI, este último defensor da tese de imprescindibilidade de lei formal para alienação de bens de titularidade estatal e outorga de concessão, por exemplo, bem como para que a Administração Pública possa transigir e renunciar⁸³.

Para Lúcia Valle FIGUEIREDO, porém, (iv) a indisponibilidade do interesse público é consequência do princípio da supremacia do interesse público e determina ser defesa a transferência da titularidade de competências administrativas a outrem. Delegado o exercício de função pública, remanesce a Administração com a titularidade das competências administrativas, motivo pelo qual a administrativista atrela o princípio da exigibilidade dos atos administrativos ao princípio da indisponibilidade do interesse público⁸⁴.

No que tange às prerrogativas públicas, o princípio da indisponibilidade do interesse público impediria a renúncia total ou parcial de seus poderes⁸⁵. Em outros termos, as prerrogativas públicas, em princípio, não poderiam ser afastadas no caso concreto,

públicos não são em princípio inalienáveis, impenhoráveis, intransigíveis, intransferíveis a particulares, ou, em uma palavra: indisponíveis". **Curso de Direito Administrativo**, p. 52.

⁸² Ao relatar o debate em torno da construção teórica do interesse público no Direito Administrativo brasileiro, Odete MEDAUAR assim expressa a semântica atinente à indisponibilidade do interesse público: "[c]omo norteador do direito administrativo, indica-se, ainda, o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar medidas ou retardar medidas que são relevantes ao entendimento do interesse público, em virtude de qualquer outro motivo". **Direito Administrativo em Evolução**, p. 186.

⁸³ Cf. José CRETELLA JR., **Curso de Direito Administrativo**, p. 7. Cf., ainda, Diógenes GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 18.

⁸⁴ **Curso de Direito Administrativo**, p. 68.

⁸⁵ Conforme Hely Lopes Meirelles, "*dele [princípio da supremacia do interesse público] decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia*". **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 103.

devendo ser obrigatoriamente utilizadas no desenvolvimento da atividade administrativa para satisfação do interesse público.

Apesar da diversidade de fatores de legitimação das prerrogativas públicas, a exemplo do mencionado interesse público e da efetividade da prestação administrativa, certamente o *princípio da supremacia do interesse público* sobre o interesse privado consiste no fundamento maior das prerrogativas públicas⁸⁶.

O tema da supremacia do interesse público sobre o privado destaca-se na atual agenda de debates teóricos do Direito Administrativo brasileiro. Desde a publicação do artigo intitulado *Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado* em que seu autor, Humberto ÁVILA, investe-se a questionar o conteúdo do princípio da supremacia tal qual formulado pela doutrina administrativista brasileira, o tema já debatido no âmbito acadêmico⁸⁷ ganhou grande impulso e suscitou intensa produção acadêmica. Se o objetivo primacial apresentado pelo próprio autor no artigo era “*apenas iniciar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema [princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado], curiosamente inexpressiva*”⁸⁸, afirma-se o êxito em sua empreitada. Artigos isolados foram publicados, doutrinas tiveram a parte relativa ao princípio da supremacia do interesse público robustecida, assim como pareceres e estudos versaram tangencialmente sobre a delimitação do dito princípio, ora em defesa de sua formulação original⁸⁹, ora corroborando a essência da tese apresentada por Humberto ÁVILA⁹⁰.

⁸⁶ “A expressão interesse público pode ser associada a bem de toda a coletividade, e à percepção geral das exigências da vida na sociedade. Esse princípio vem apresentado tradicionalmente como fundamento de vários institutos e normas do direito administrativo e, também, de prerrogativas e decisões, por vezes arbitrárias, da Administração Pública”, **Direito Administrativo Moderno**, p. 128-129. Cf. também Gustavo BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, p. 113. Segundo Edmir Netto de ARAÚJO, “[o] princípio da supremacia do interesse público relaciona-se com a noção de *puissance publique* (*potestade pública*), e fundamenta-se nas próprias idéias iniciais da entidade ‘Estado’, em que os membros de certa coletividade, como dizia Hobbes em sua obra, *Leviatã*, abdicam de parte de sua liberdade integral em favor de um comando disciplinador para a vida nessa mesma comunidade, que tomará medidas para sua defesa, segurança e progresso”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 49.

⁸⁷ Cf. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 157 e ss..

⁸⁸ **Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado**, p. 178.

⁸⁹ Cf., por todos, Fábio Medina OSÓRIO, **Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado no Direito Administrativo Brasileiro?**, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, **O Princípio da Supremacia do Interesse Público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**, Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, Edmir Netto de ARAÚJO, **Curso de Direito Administrativo**, Diógenes GASPARINI, **Direito Administrativo**, e Lúcia Valle FIGUEIREDO, **Curso de Direito Administrativo**. Cf., ainda, Alice Gonzalez BORGES que, embora se posicione favoravelmente ao

Partindo das características fundantes do princípio da supremacia – consideração do postulado como *princípio jurídico* e caráter *relacional* que o mesmo assume ao conectar conflituosamente o Estado e o particular – Humberto ÁVILA desenvolve sua análise crítica com respaldo na Filosofia Política em visão eminentemente crítica do principal problema constatado: “o problema (...) não é propriamente a descrição e a explicação da importância do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro, mas o modo como isso é feito⁹¹”. Em outros termos, o autor não se compadece com a explicação doutrinária do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado fornecida pelas doutrinas de Direito Administrativo e de Direito Tributário.

Quanto às conclusões, primeiramente Humberto ÁVILA não reconhece a natureza de norma-princípio ao dito princípio da supremacia, mas sim uma *regra abstrata de preferência no caso de colisão*, necessariamente tendente a valorizar o interesse público. Ademais, tal princípio não seria hábil a explicar o sistema de Direito Administrativo, uma vez que (i) trata-se de um postulado eminentemente ético, alheio à ciência do Direito, (ii) a noção de interesse público abrange à de interesse privado e (iii) as relações jurídico-administrativas deixam seu viés bipolar para assumir a faceta multipolar⁹². Como consequência prática, impor-se-ia o dever de ponderação dos interesses públicos e privados pelo administrador público no caso concreto, pois o princípio da supremacia não é objetivamente determinável *a priori*. Afastado o critério da prevalência, os particulares não poderiam ser constituídos em obrigações com fulcro no princípio da supremacia do interesse público.

Uma das reações mais contundentes à tese desenvolvida por Humberto ÁVILA foi apresentada por Fábio Medina OSÓRIO, em seu artigo *Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?* Sua análise é pautada diretamente pelo artigo supracitado de Humberto ÁVILA: “[c]oncentrarei a minha análise no discurso de ÁVILA e sua adequação ou inadequação ao que a doutrina

dever de ponderação, corrobora o valor metodológico do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?**

⁹⁰ Cf., por todos, Humberto ÁVILA, **Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado’**, Gustavo BINENBOJM, **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo**, Floriano Azevedo MARQUES NETO, **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 165 e ss., Odete MEDAUAR, p. 128, **Direito Administrativo Moderno**, Patrícia BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, Marçal Justen Filho, **Curso de Direito Administrativo**, p. 56-57, e Alexandre Santos ARAGÃO, **A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo**.

⁹¹ **Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado**, p. 160.

⁹² *Idem*, p. 175.

administrativista pátria costuma entender como princípio da ‘supremacia do interesse público sobre o privado’⁹³”.

O problema fundamental aventado por Humberto ÁVILA, correspondente à forma pela qual a doutrina explica o princípio em comento, é questionado por Fábio Medina OSÓRIO; para este administrativista, Humberto ÁVILA incorreu em equívoco na compreensão do que a doutrina concebe por princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, “[r]esulta, portanto, fundamental e imprescindível contextualizar corretamente o discurso de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual defende a existência de um princípio de superioridade do interesse público sobre o privado à luz de um universo dominado pela legalidade administrativa e pelo Estado Democrático de Direito⁹⁴”.

Corroborando a dicotomia interesse público – interesse privado, Fábio Medina OSÓRIO atribui valor finalístico ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: paralelamente à correspondente aplicação se efetivar tão somente no plano concreto, e não em abstrato, o autor delimita o primado como a prevalência do interesse público sobre interesses privados ou de terceiros. Ainda, o princípio da supremacia do interesse público seria verdadeira *meta-regra*, dada a funcionalidade de condicionar os demais princípios e regras ao cânone do interesse público⁹⁵.

O exposto diálogo teórico sintetiza as duas linhas percebidas com bastante nitidez no Direito Administrativo brasileiro em torno do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: a corrente que confere *valor metodológico* ao aludido princípio e aquela que *repudia* qualquer *praticidade intrínseca* ao princípio da supremacia, razão pela qual a Administração Pública deve se socorrer do mecanismo da ponderação.

⁹³ *Idem*, p. 79.

⁹⁴ **Existe um Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?**, p. 81.

⁹⁵ E nesses termos o administrativista finaliza o seu artigo, dando prosseguimento ao debate acadêmico relatado: “[d]e qualquer modo, não poderia ser mais apropriado, em meu juízo, o debate em torno ao papel e à funcionalidade do interesse público no Direito Administrativo brasileiro, na medida em que a terminologia empregada – princípio da superioridade do interesse público sobre o privado –, a indeterminação do termo (interesse público), a importância e a atualidade do tema, recomendam, sem dúvida, o aprofundamento de estudos e de polêmicas. Estas modestas reflexões se inserem nessa perspectiva: buscam apenas colaborar para uma intensificação do debate doutrinário, o qual foi brilhantemente (re)instaurado na comunidade jurídica pelo oportuno e sério trabalho de Humberto ÁVILA, merecedor, por certo, da atenção dos operadores jurídicos”. *Idem*, p. 107.

Assenta-se o princípio da supremacia, para os administrativistas que concebem valor metodológico ao referido princípio, na premissa de existência de uma dualidade conflituosa protagonizada pelo embate *público x privado*, o que implica na dualidade de regimes jurídicos e de interesses, cada qual capitaneado por representantes específicos⁹⁶. O interesse público seria originalmente disciplinado pelo regime administrativo e tutelado pela Administração Pública. De forma oposta, o interesse privado seria próprio dos particulares, sendo regido por normas privatísticas. Assim, o pólo público da dualidade seria formado por Administração Pública, interesse público e regime administrativo, ao passo que particulares, interesse privado e regime de Direito Comum constituiriam o pólo privado contraposto⁹⁷.

Segundo esta linha e entendimento, o princípio da supremacia do interesse público serviria como critério de interpretação do Direito Administrativo⁹⁸: no caso concreto, eventual conflito de interesses seria dirimido com a identificação do interesse público a prevalecer.

Feito o relato do atual “*estado da arte*” das discussões acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, uma (relevante) pergunta se coloca: qual é a utilidade da exposição do panorama acadêmico para a compreensão das prerrogativas públicas? No que a verificação do valor metodológico do princípio da supremacia contribui para o estudo da fundamentação e da instrumentalidade das prerrogativas públicas?

A verificação do valor metodológico conferido ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado assume especial relevância na determinação da

⁹⁶ Cf. Carlos Ari SUNDFELD & Jacintho Arruda CÂMARA, **Os Helipontos e o Direito de Construir na Vizinhança**, p. 4.

⁹⁷ Em seu estudo sobre a trajetória das doutrinas de Direito Administrativo brasileiras em torno dos poderes administrativos, Adilson Abreu DALLARI enuncia a clássica noção de Direito Administrativo, a qual exprime a idéia de pólo público: “[n]esse texto, o Direito Administrativo ainda apreça como um direito excepcional, quando comparado ao direito comum, o Direito Civil. O foco está centrado na Administração Pública, que dispõe de prerrogativas excepcionais (que lhe são inerentes, indispensáveis), as quais são compreendidas por sujeições também excepcionais, tolhendo sua liberdade de atuação”. **Os Poderes Administrativos e as Relações Jurídico-Administrativas**, p. 65.

⁹⁸ Hely Lopes MEIRELLES apresenta três critérios interpretativos do Direito Administrativo: desigualdade jurídica entre a Administração Pública e os administrados, presunção de legitimidade dos atos da Administração e necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público. No que tange ao primeiro deles, assim dispõe o autor: “*dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativistas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração*”. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 44. Nesse sentido, cf. Diógenes GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 20.

fonte das prerrogativas públicas. Se o princípio da supremacia do interesse público é concebido como fonte das prerrogativas públicas pelos administrativistas que reconhecem valor metodológico ao primado, exatamente porque o mesmo reveste-se de conteúdo objetivamente determinável, os administrativistas que se valem da ponderação para suplantarem a respectiva ausência de valor metodológico defendida entendem serem as normas jurídicas as fontes das prerrogativas públicas. Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, decorrem do princípio da supremacia do interesse público “a) a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações”⁹⁹
100,

Pela segunda vertente do Direito Administrativo, a qual não concebe valor metodológico ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, as prerrogativas públicas não seriam automaticamente dedutíveis do postulado da supremacia. Para que prerrogativas exorbitantes sejam validamente deferidas à Administração Pública, o fundamento para tanto haveria de ser necessariamente mais aprofundado, visto a incompatibilidade dos poderes implícitos com o primado do Estado Democrático de Direito.

Floriano de Azevedo MARQUES NETO, que se opõe francamente à existência de poderes implícitos deferidos à Administração Pública¹⁰¹, enaltece o princípio da proporcionalidade como o limite vertical à intensidade da regulação estatal, cuja incidência limita e condiciona o emprego do poder exorbitante pela Administração. Nas palavras do autor:

“[e]le [princípio da proporcionalidade] guarda enorme vinculação com o princípio da finalidade que, como sabemos, obriga que o manejo do poder exorbitante: i) decorra da necessidade de concretização de uma

⁹⁹ **Elementos de Direito Administrativo**, p. 70.

¹⁰⁰ Para Fábio Medina OSÓRIO, as prerrogativas públicas decorreriam do princípio implícito da supremacia do interesse público sobre o interesse privado constante no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Segundo o autor, “[d] os princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na seqüência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração em detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguíveis pelo Poder Público”. **Existe um Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?**, p. 86-87.

¹⁰¹ **Discricionariedade e Regulação Setorial – o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial**, p. 571 e ss.

finalidade de interesse público; ii) dê-se nos estritos lindes do necessário para a consecução dessa finalidade¹⁰²”.

Vale ainda salientar o posicionamento de Gustavo BINENBOJM, para quem a constituição de prerrogativas exorbitantes em prol da Administração Pública apenas se coadunaria com a Constituição Federal se respeitados três aspectos: (i) viabilidade de satisfação das finalidades públicas por meio da limitação do princípio da isonomia, (ii) correspondência do grau de compressão do princípio da isonomia ao mínimo necessário ao atendimento dos fins públicos e (iii) o ônus da medida restritiva deve superar o ônus, i.e.,

“o grau o medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo¹⁰³”.

Clara resta, portanto, a preocupação desses administrativista para com uma precisão mais racional da origem das prerrogativas conferidas de forma exorbitante à Administração Pública. Além do questionamento acerca da construção teórica do quase “*transcendental*” princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, esta segunda vertente do Direito Administrativo nega valor metodológico do mesmo, cuja fórmula da supremacia do interesse público não mais se coadunaria com a complexidade das recentes questões que o Direito Administrativo lida, bem como com as demandas por democratização da Administração Pública.

No campo pragmático, o que se coloca é a busca por métodos menos simplistas para resolução de conflitos de interesses na seara administrativa, que considerem critérios racionais hábeis a motivar a decisão da Administração tomada quando do arbitramento de interesses. Especialização (setorial) das finalidades públicas e análise de custo-benefício são exemplos de critérios substitutivos do princípio da supremacia do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado consiste, portanto, no principal fator de legitimação das prerrogativas públicas. Trata-se de um dos protagonistas dos debates teóricos no Direito Administrativo, de forma que duas correntes são claramente perceptíveis quanto ao valor metodológico do referido princípio: uma que o

¹⁰² Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal, p. 14.

¹⁰³ Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 114.

evidencia e outra que busca diferentes soluções para constatar o interesse a prevalecer no caso concreto, dado o entendimento de ausência de valor metodológico no princípio da supremacia do interesse público. Conseqüentemente, o reconhecimento de valor metodológico no princípio em pauta implica na fundamentação das prerrogativas públicas e na construção de argumento de resistência aos acordos administrativos. Por sua vez, a segunda corrente teórica exige legitimação outra que não o primado da supremacia do interesse público sobre o privado, especialmente a previsão normativa, além de não o conceber como óbice à celebração de acordos entre a Administração Pública e os administrados.

Expostas as principais facetas da instrumentalidade das prerrogativas públicas – tutela do interesse público e garantia da supremacia do interesse público sobre o privado – importa analisar seu último desdobramento, qual seja, as prerrogativas como mecanismos de melhor consecução dos fins públicos. Pela instrumentalidade-eficiência, as prerrogativas constituem elemento de eficácia da atuação administrativa, por meio das quais a finalidade pública pode ser alcançada com menores custos à Administração ou de forma mais eficaz em comparação com a atuação desprovida de prerrogativas. Assim se procede na medida em que tais privilégios exorbitantes determinam procedimentos especiais (e.g. procedimento sancionador e procedimento desapropriatório) e uma atuação mais célere por conta da presença de prerrogativas eminentemente procedimentais (auto-executoriedade dos atos administrativos e prazos processuais diferenciados) que, dessa forma, viabilizam ou otimizam o atingimento das finalidades públicas. Elucidativa é a passagem de José CRETELLA JR.:

“A Administração ficaria inerte, paralisada, se cada vez que pretendesse movimentar-se, efetivando os atos administrativos editados, precisasse consultar os interesses privados atingidos. Por isso, o Estado dotou os órgãos administrativos de um poder ou potestade para vencer a injustificada resistência do particular recalcitrante¹⁰⁴”.

A compreensão das prerrogativas públicas como mecanismos de viabilização ou de otimização da atuação administrativa encontra-se subjacente a quase totalidade das doutrinas analisadas. Conforme já exposto, a justificação das prerrogativas públicas quando apresentada pelos administrativistas não se restringe a apenas um único enunciado, pelo contrário, diversos fatores de legitimação das prerrogativas públicas são

¹⁰⁴ **Curso de Direito Administrativo**, p. 20.

concomitantemente identificados. Nesse sentido, a eficiência da atuação administrativa praticamente sempre é exposta em complementação ao enunciado mais forte, como o interesse público ou o princípio da supremacia do interesse público¹⁰⁵.

Também a eficiência da atuação administrativa legitima a conferência de prerrogativas públicas à Administração. Uma vez que para melhor consecução de seus fins o ordenamento jurídico confere à Administração Pública prerrogativas públicas, a eficiência também consiste em um fator de legitimação do poder administrativo.

1.3. Atuação administrativa imperativa

A preocupação com o modo de desenvolvimento da atividade administrativa, não é de todo recente. De fato, o modo de desenvolvimento da atividade administrativa importa igualmente à teoria e à prática do Direito Administrativo, ocasião em que a eficácia da satisfação da finalidade pública ganha especial relevância. Ante a existência de múltiplos elementos decisórios decorrentes da fragmentação social e de uma diversidade de efeitos conexos ao específico modo de agir administrativo, constata-se a complexidade da atuação administrativa.

Significativo número de páginas já foi destinado ao tema, as quais basicamente se dispuseram a relatar os modelos jurídicos determinados pelas normas que informam o regime administrativo. Assim, escritos sobre o ato administrativo e o contrato administrativo foram fundamentais para construir o que nessa dissertação será denominada de *atuação administrativa autoritária*.

Apesar do reconhecimento doutrinário de especificidades materiais ou jurídicas envolvendo cada atividade administrativa, a solução quase sempre apresentada remonta a um esquema genérico, o meio primeiro de atuação administrativa. Tal esquema genérico seria a própria atuação administrativa autoritária, concebida como a *tradicional forma de desenvolvimento das atividades por meio de atos administrativos unilaterais e imperativos*.

¹⁰⁵ A título exemplificativo, transcreve-se a elucidativa passagem de Maria Sylvia Zanella Di PIETRO: “[p]or isso mesmo, o direito administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade/liberdade. A Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos do poder”. **Direito Administrativo**, 37-38.

Sem o propósito de simplificar farto debate acerca da atuação administrativa, o presente capítulo se volta ao relato da atuação administrativa autoritária, substancialmente calcada no tripé imperatividade – unilateralidade – ato administrativo, referendada pela doutrina administrativista brasileira. Para tanto, os elementos estruturantes da atuação administrativa autoritária – prerrogativa imperativa e ato administrativo – serão verificados, conferindo importantes subsídios à identificação da atuação autoritária e, mais especificamente, à regulação autoritária. Ao final, a regulação sancionatória, na qual se evidencia a prerrogativa sancionatória, será estudada como modelo de atuação administrativa autoritária.

1.3.1. Elementos para compreensão da atuação administrativa imperativa

1.3.1.1. Prerrogativa imperativa

Primeiro elemento da atuação administrativa autoritária é a prerrogativa imperativa, que ganha relevância na identificação da autoridade no agir administrativo. A mesma profundidade de tratamento desta prerrogativa conferida pela doutrina de Direito Administrativo Comparado, especialmente nas italiana e espanhola, não é percebida no Direito Administrativo brasileiro. Basicamente, a pouca atenção à prerrogativa imperativa deve-se ao forte atrelamento desta à atividade administrativa, razão pela qual o tema é residualmente analisado nos capítulos pertinentes ao ato administrativo e ao contrato administrativo, respectivamente sob a roupagem da imperatividade e das cláusulas exorbitantes.

Na leitura dos escritos administrativos nacionais sobre o atributo da imperatividade dos atos administrativos e as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, remissões à prerrogativa imperativa foram recorrentemente constatadas¹⁰⁶. Dado o duplo propósito do item de delinear amplamente a prerrogativa imperativa, em contribuição ao futuro estudo da consensualidade, assim como verificar o impacto da teoria geral das

¹⁰⁶ Ao debruçar sobre o tema dos *atributos dos atos administrativos*, dentre eles, a imperatividade, Marçal JUSTEN FILHO assim expõe: “[h]á forte resquício das teorias políticas anteriores à instauração de um Estado Democrático de Direito, que identificavam a atividade administrativa como manifestação da ‘soberania’ estatal. Como decorrência, o ato administrativo traduzia as ‘prerrogativas’ do Estado, impondo-se ao particular pela utilização da força e da violência”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 300.

prerrogativas públicas na conformação desta mesma prerrogativa, preferiu-se adentrar em ambos os temas.

Porquanto a atuação administrativa consensual seja marcada pelo afastamento da imperatividade, um item destinado ao estudo específico da referida prerrogativa é imprescindível ao desenvolvimento do presente trabalho no qual se instiga-se pela dualidade imperatividade-consensualidade. Isolar o “*fator imperatividade*” da atuação administrativa pareceu, portanto, ser a estratégia mais adequada e contributiva aos próximos capítulos, cuja conotação da alternatividade e da eficácia das medidas administrativas adotadas será uma constante.

Também denominada *potestade de mando* ou *potestade executiva* pela doutrina de Direito Comparado¹⁰⁷, o conceito de prerrogativa imperativa adotado nesta dissertação corresponde à *faculdade de a Administração impor o conteúdo de sua decisão administrativa unilateralmente determinada*¹⁰⁸.

O cerne da prerrogativa imperativa centra-se na nota da “*imposição de vontade*” da Administração aos administrados, independentemente de ser travada qualquer relação prévia de sujeição especial. A questão da vontade administrativa figura dentre os diversos questionamentos teóricos enfrentados no Direito Administrativo clássico. Hoje prevalece o entendimento de inexistência de vontade autônoma da Administração Pública, pois esta se submeteria sempre a um fim de interesse público irrenunciável. A vontade externada pela Administração Pública, nessa toada, já se encontraria determinada na regra de competência. Com o advento da primazia do processo administrativo, a vontade administrativa passou a ser compreendida como uma “*vontade processualizada*”¹⁰⁹, a qual

¹⁰⁷ Via de regra a potestade de mando e a potestade executiva são tomadas como sinônimos pela doutrina de Direito Administrativo, como realiza Manuel Maria DIEZ, **Derecho Administrativo**, p. 216. Há, porém, doutrinadores que apartam a potestade de mando da potestade executiva, a exemplo de Héctor Jorge ESCOLA, para quem a potestade executiva, ou de gestão, consiste na prerrogativa de cumprimento dos atos administrativos. Sobre a específica diferenciação entre potestade de mando e potestade executiva, o administrativa assim reporta: “[s]i bien la potestad ejecutiva aparece, a veces, en virtud de la emisión de órdenes o mandatos, con lo que erróneamente puede ser asimilada a la potestad de mando o imperativa, se diferencia de ésta en que puede consistir, además, en actos de otro carácter y naturaleza, como todas aquellas formas de actividad que se desarrollan para concretar un cometido, o sea, para efectuar la gestión y desarrollo de él”. **Compendio de Derecho Administrativo**, p. 202.

¹⁰⁸ Representativa das definições verificadas no Direito Comparado é a formulada por Fritz FLEINER, para quem “*el Estado, en la mayoría de sus negocios administrativos de carácter público disfruta de un medio, a saber, la potestad imperativa o imperio (imperium), que no está al alcance de los particulares. La potestad imperativa significa la facultad de dictar ordenes a los hombres libres, y de obligarles a cumplir estas ordenes*”. **Instituciones de Derecho Administrativo**, p. 5.

¹⁰⁹ Cf. Marçal JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 278.

é construída no percurso do processo administrativo, subordinando-se a regras formais estabelecidas em normas especiais e nas leis gerais de processo administrativo (estaduais ou federal, a Lei 9.784/99).

A imposição da vontade administrativa menos trata do aspecto subjetivo da Administração Pública que da *decisão administrativa* propriamente dita¹¹⁰. A prerrogativa imperativa reveste a Administração da faculdade de impor sua decisão aos administrados, sem necessidade de aquiescência dos mesmos para estabelecer a relação de sujeição especial em torno de obrigações concretas¹¹¹. Trata-se, em última análise, da imposição do conteúdo da decisão administrativa¹¹².

O principal efeito da prerrogativa imperativa, consistente na imposição da decisão administrativa tomada pela Administração Pública ao administrado independentemente do consentimento do mesmo, implica na *unilateralidade* dos provimentos administrativos¹¹³. A unilateralidade delimitada pela prerrogativa imperativa se atrela à exorbitância das prerrogativas públicas.

Assim como as demais prerrogativas, também a imperativa submete-se à teoria geral das prerrogativas públicas firmada pela doutrina brasileira de Direito Administrativo. Pela *exorbitância*, a prerrogativa imperativa é detida monopolisticamente pela Administração¹¹⁴, razão justificadora do emprego do termo “*poder extroverso*” como sinônimo de imperatividade¹¹⁵. Dispõe a Administração, portanto, da faculdade de impor

¹¹⁰ “*Se ha dicho, con razón, que e lacto administrativo debe ser siempre una decisión, una expresión de voluntad de la autoridad administrativa, manifestada por el órgano competente para ello*”. Héctor Jorge ESCOLA, **Compendio de Derecho Administrativo**, p. 494.

¹¹¹ “*Per le caratteristiche suindicate la potestà suprema dello stato è potestà d'imperio, come 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*”. Oreste RANELETTI, **Principii di Diritto Amministrativo**, p.121.

¹¹² Cf. Odete MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, p. 141.

¹¹³ Sobre a relação entre a prerrogativa imperativa e a unilateralidade, Vincenzo Cerulli IRELLI assim dispõe: “[i]n ciò consiste la c.d. imperatività del potere amministrativo: il contenuto dispositivo dei relativi atti d'esercizio (e perciò gli effetti da questi prodotti nel mondo esterno) non è il risultato della convergente volontà di tutti i soggetti interessati o almeno di tutti quelli nella cui sfera soggettiva gli effetti sono destinati a prodursi (secondo lo schema negoziale; art. 1321 c.c) ma il risultato della unilaterale volontà dell'autorità amministrativa titolare del potere, che a sua volta è tenuta a determinarsi in funzione esclusiva del soddisfacimento dell'interesse pubblico”. **Corso di Diritto Amministrativo**, p. 381-382.

¹¹⁴ Na qualidade de ente estatal, a Administração Pública detém monopolisticamente a prerrogativa imperativa. Essa assertiva é praticamente pacífica na doutrina italiana de Direito Administrativo, conforme notícia Feliciano BENVENUTI: “(...) queste stesse forze, concepite astrattamente, si chiamano, in termini giuridici, potere di impero o potere privato, e il primo, se sai proprio dello Stato anziché degli Enti che la cui ricevono autorità, si chiama potere (d'impero) sovrano”. **Appunti di Diritto Amministrativo**, p. 29-30.

¹¹⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 411.

sua decisão unilateralmente tomada ao particular, com o qual termina por firmar relação de sujeição especial¹¹⁶, faculdade essa exclusiva do ente administrativo.

Afirmar a unilateralidade de determinado provimento administrativo significa reconhecer que as decisões administrativas foram definidas de forma autônoma à vontade do administrado, sujeito passivo da imposição do teor do ato administrativo. Ainda que coincidente à vontade do administrado, a decisão administrativa unilateral *não* se emoldura sobre um *acordo* entre Administração Pública e administrado, pois que fruto do exercício do poder estatal¹¹⁷.

A unilateralidade constitui, assim, caráter intrínseco à prerrogativa imperativa. Uma decisão administrativa fundada no exercício da imperatividade não se coaduna com o modelo de ação por acordos. Existe patente contraposição entre acordos bilaterais, i.e., entre o provimento administrativo cujo conteúdo discricionário resulta da convergência de interesses entre Administração e administrado¹¹⁸, e as decisões unilateralmente determinadas na esfera administrativa.

Premissa da presente dissertação de mestrado, a dicotomia *imperatividade* – *consensualidade* se manifesta na orientação unilateral ou bilateral da ação administrativa. Essa contraposição será analisada com o devido aprofundamento na Parte II do estudo, quando da análise dos acordos administrativos como mecanismo de atuação administrativa consensual. Por hora, importa demonstrar tão somente que a prerrogativa imperativa implica em provimentos administrativos unilaterais, em compasso com o caráter exorbitante das prerrogativas públicas apresentado pela doutrina administrativista brasileira.

¹¹⁶ Emprega-se a expressão “*relação de sujeição especial*” para expressar um determinado relacionamento travado entre a Administração Pública e o administrado regido por normas especiais que caracterizam a particularidade deste perante as demais relações jurídico-administrativas travadas pela Administração com os administrados em geral.

¹¹⁷ A exorbitância da prerrogativa imperativa resta clara na passagem de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO correspondente às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos: “[o]utras cláusulas seriam lícitas nos contratos entre os particulares, porque dão a uma das partes o poder de império, autoridade, que é detentora apenas a Administração”. **Direito Administrativo**, p. 257. Também Diógenes GASPARINI reporta trecho bastante elucidativo quando da conceituação de imperatividade: “[é] a qualidade que certos atos administrativos têm para constituir situações de observância obrigatória em relação aos seus destinatários, independentemente da respectiva concordância ou aquiescência”. **Direito Administrativo**, p. 75.

¹¹⁸ Cf. Pierpaolo GRAUSO, **Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati**, p. 60.

No entanto, a incidência da teoria geral das prerrogativas públicas identificada no capítulo anterior não se restringe à nota de exorbitância; a *instrumentalidade* também comparece para legitimar a imperatividade dos atos administrativos e a previsão de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos¹¹⁹.

Adentrando na questão da instrumentalidade-interesse público das prerrogativas públicas, a imposição do conteúdo da decisão administrativa pela Administração atrela-se a uma determinada finalidade de interesse público, pois a prerrogativa imperativa seria conferida à Administração para satisfação do interesse público. A assertiva parte da premissa de que só a prerrogativa imperativa viabilizaria o alcance do interesse público, sem o qual o ato decisório administrativo padeceria de efetividade. Dessa forma, a imperatividade dos atos administrativos e as cláusulas exorbitantes dos contratos celebrados pela Administração consistiriam em mecanismos indispensáveis à garantia do interesse público¹²⁰.

Na qualidade de fatores de desestabilização do vínculo contratual, as cláusulas exorbitantes seriam legítimas porque tendentes a satisfazer o interesse público. Dessa assertiva decorre, no extremo, a identificação dos contratos administrativos pela presença de cláusulas exorbitantes. Objeto de incisiva contestação pelos recentes estudos de Direito Administrativo¹²¹, o reconhecimento dos contratos administrativos como módulos contratuais marcados por cláusulas exorbitantes, os quais não se verificariam nas avenças celebradas entre particulares, funda-se na legitimidade das prerrogativas públicas conferida

¹¹⁹ As cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos encontram-se previstas no art. 58 da Lei 8.666/93, quais sejam: alteração e rescisão unilateral dos contratos administrativos (incisos I e II), aplicação de sanções administrativas (inciso III) e ocupação provisória de bens móveis e imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nos casos de rescisão unilateral e de necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais (inciso IV). Embora haja expressa conferência normativa das referidas prerrogativas contratuais, desdobramento da prerrogativa imperativa, constata-se significativo esforço doutrinário de legitimação das mesmas guiado pelas três vertentes da instrumentalidade traçadas pela teoria geral das prerrogativas públicas.

¹²⁰ Segundo Diógenes GASPARINI, “[o]s contratos administrativos observam um regime jurídico próprio, estatuído pelo Direito Administrativo e indicado em cláusulas exorbitantes. Dito regime é marcado, na sua essência, pela possibilidade que tem a Administração Pública contratante, em razão do interesse público, de, em relação ao ajuste celebrado, modificar a execução a cargo do contratado, de rescindir o ajuste antes do termo fixado, de aplicar sanções e de intervir provisoriamente na execução do ajuste nos casos em que seu objeto é a prestação de serviços essenciais”. **Direito Administrativo**, p. 641.

¹²¹ Cf. Maria João ESTORNINHO, **Réquiem pelo Contrato Administrativo**, p. 115 e ss. No Direito Administrativo brasileiro, por todos cf. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, **O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos**.

pela máxima do interesse público e ganhou corpo em expressiva parcela da doutrina de Direito Administrativo brasileiro¹²².

Ademais, a prerrogativa imperativa afirma a Administração Pública em posição de superioridade sobre o sujeito passivo com quem firma relação de sujeição especial, configurando, assim, a instrumentalidade-supremacia. Dada a posição de supremacia aprioristicamente deferida à Administração Pública, seria legítima a estipulação de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos¹²³, assim como os atos administrativos contariam com o respaldo autoritário da imperatividade¹²⁴. Dessa forma, além de legitimar a previsão de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e a imperatividade nos atos administrativos, a prerrogativa imperativa também termina por afirmar no plano concreto a supremacia da Administração Pública.

Com a autoridade decorrente da prerrogativa imperativa, a atividade administrativa ganharia efetividade na medida em que os administrados se sujeitariam incondicionalmente às decisões unilateralmente formuladas pela Administração. Em outros termos, a inevitabilidade do provimento administrativo tornaria de observância obrigatória as decisões administrativas e, assim, imporia seu estrito cumprimento. Assim, a autoridade atrelada à imperatividade potencializaria a satisfação do interesse público, uma vez que a decisão administrativa, presumidamente afeta a um fim de utilidade pública, seria prontamente atendida enquanto comando de autoridade.

Embora esteja na mesma linha de tratamento jurídico-administrativo que as demais prerrogativas públicas, a prerrogativa imperativa guarda uma peculiaridade que a difere de todas as demais prerrogativas, qual seja, o atributo da *generalidade*. Sem se atrelar a

¹²² “Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem o Direito Comum para consignar uma vantagem ou restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares”. Hely Lopes MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 213.

¹²³ “Da sua característica essencial, consubstanciada na participação da Administração com supremacia de poder, resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas de Direito Privado, não ostentam. Tais peculiaridades consistem, genericamente, as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo o contrato administrativo”. Hely Lopes MEIRELLES, *Idem, ibidem*.

¹²⁴ Cf. Edmir Netto de ARAÚJO, “[e]sses fatores, que alguns denominam atributos (e realmente o são), configuram-se principalmente pela imperatividade, pela presunção de legitimidade e pela auto-executoriedade dos atos administrativos, todos decorrentes do princípio da supremacia do interesse público”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 452.

qualquer materialidade específica, a prerrogativa imperativa confere à Administração Pública instrumental coativo em prol da efetividade das decisões administrativas, incidindo amplamente em todas as atividades. Conseqüentemente, a prerrogativa imperativa (i) fundamenta em abstrato a autoridade das atividades administrativas em geral e (ii) prescinde da atividade administrativa para se efetivar.

O traço da generalidade significa primeiramente que sua funcionalidade precípua – revestir a Administração de faculdade de imposição do conteúdo da decisão administrativa unilateral – perpassa por todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, fundamentando, inclusive as diversas prerrogativas em espécie cometidas à Administração, como a prerrogativa sancionatória¹²⁵. A finalidade última da prerrogativa imperativa, portanto, é dotar de efetividade a atuação administrativa¹²⁶.

Enquanto comando genérico, a prerrogativa em comento necessita, portanto, da atividade administrativa para aperfeiçoamento de seus efeitos. Sem que haja decisão administrativa, a única utilidade pragmática da prerrogativa imperativa consiste em dotar abstratamente a Administração da faculdade de imposição do teor decisório unilateralmente estabelecido. Na linha deste raciocínio, apenas por meio de ato administrativo ou de contrato administrativo o administrado, sujeito passivo da relação administrativa, submete-se à atuação administrativa fundada na autoridade estatal.

Trata-se da segunda decorrência da generalidade atinente à prerrogativa imperativa, pela qual há a necessidade de pré-constituição de relação administrativa para caracterização da prerrogativa em comento. Embora requeira atividade administrativa para se efetivar sobre a esfera privada do administrado, a prerrogativa imperativa é *autônoma* a qualquer relação estatuída com a Administração Pública¹²⁷.

Porém, uma vez externalizada, a prerrogativa imperativa cria relações de sujeição especial entre a Administração e o sujeito passivo. Dessa forma, a autonomia da

¹²⁵ Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “[t]em-se, portanto, o conceito de imperatividade, elaborada a partir do jus imperii, daí sua denominação, como o fundamento formal das prerrogativas da Administração Pública, tal como foram se estruturando nos Estados absolutistas e assim chegaram à Idade Moderna. Em suma: a imperatividade, enquanto princípio excepcionador da igualdade perante a lei, induzia esta assimetria que, por sua vez, justificava a instituição de prerrogativas de toda a sorte”. **O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos**, p. 77. Para Juan Carlos CASSAGNE, as prerrogativas específicas são complementos da prerrogativa imperativa. **Derecho Administrativo**, p. 118.

¹²⁶ “La potestad imperativa, o de mando, es la facultad que tiene la Administración de dar órdenes y de obligar a su cumplimiento. Esta facultad es la expresión más directa del principio de autoridad en el ejercicio del Poder Ejecutivo”. Miguel S. MARIENHOFF, **Tratado de Derecho Administrativo**, p. 575.

¹²⁷ Cf. Manuel Maria DIEZ, **Derecho Administrativo**, p.217.

prerrogativa imperativa é matizada pela necessidade de manifestação da Administração no âmbito da atividade administrativa para que sua funcionalidade seja de fato concretizada. A generalidade da prerrogativa imperativa implica na destituição de força imediata sobre a esfera subjetiva do particular; apenas com manifestações unilaterais de vontade a prerrogativa imperativa se aperfeiçoa e constitui o particular em obrigação inescusável¹²⁸.

Em decorrência do fundamento genérico da imperatividade na atuação administrativa, tem-se que tal atributo somente não se apresenta nos casos em que ele for expressamente afastado pela Administração. Remanesce, porém, o entendimento de que, *a priori*, os atos administrativos são imbuídos de imperatividade e os contratos administrativos caracterizam-se pela presença de cláusulas exorbitantes.

Exposto o delineamento conceitual da prerrogativa imperativa, importa explicitar os possíveis *efeitos práticos* da projeção da autoridade na atividade administrativa, apesar de os mesmos já terem sido em certa medida analisados no decorrer deste item. Afinal, qual seria a funcionalidade prática da prerrogativa imperativa?

Significativas decorrências práticas da prerrogativa imperativa se constataam na atuação administrativa. Foram reconhecidas as seguintes implicações no âmbito da atividade administrativa: revestimento de autoridade na atuação administrativa, legitimação da autoridade e presunção de autoridade nos provimentos administrativos.

O *revestimento de autoridade* ao agir administrativo proporcionado pela prerrogativa imperativa consiste no efeito prático mais emblemático da atuação administrativa marcada pela imperatividade ou pelas cláusulas exorbitantes. A prerrogativa imperativa marca a verticalidade da relação administrativa estabelecida por meio de ato administrativo imperativo, pois com base na imperatividade a decisão da Administração Pública se impõe unilateral e coercitivamente.

A prerrogativa imperativa também legitima a autoridade na ação administrativa pelo caráter instrumental que assume, ora pelo viés da tutela do interesse público, ora pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ainda, a imperatividade dos atos administrativos e as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos seriam

¹²⁸ “En virtud de esta potestad que la administración pública puede imponer a otros sujetos obligaciones inmediatas, como resultado de um acto de decisión y voluntad, y cuyo contenido puede ser tan diverso, como lo son los fines de interés público que directa o indirectamente las originan”. Héctor Jorge ESCOLA, **Compendio de Derecho Administrativo**, p. 200.

mecanismos úteis à garantia do interesse público pela via da autoridade, eficientes, portanto.

Por fim, a prerrogativa imperativa gera a *presunção de autoridade* nas atividades administrativas. Em outros termos, esta terceira decorrência prática da prerrogativa em comento manifesta que, aprioristicamente, os atos administrativos são imperativos e os contratos administrativos detêm cláusulas exorbitantes, salvo expressa manifestação em contrário da Administração Pública.

Dessa forma, a prerrogativa imperativa apresenta-se como um mecanismo deveras funcional ao Direito Administrativo ao conferir, concomitantemente, autoridade, legitimidade e presunção de autoridade ao desenvolvimento das atividades administrativas. Em última análise, a prerrogativa imperativa modela a *atuação administrativa autoritária*.

1.3.1.2. O papel do ato administrativo na atuação administrativa imperativa

Conforme se verificou no item anterior, a prerrogativa imperativa atrela-se imediatamente à atividade administrativa, pois que dependente de provimentos administrativos para externalizar seus efeitos jurídicos de autoridade. Tais provimentos referem-se aos atos administrativos e aos contratos administrativos, onde a prerrogativa imperativa incide, respectivamente, sob a forma do atributo da imperatividade e das cláusulas exorbitantes. Se o contemporâneo Direito Administrativo é marcado pelo recente movimento em prol da contratualização e da concertação administrativa, a prática evidencia a manutenção de esquemas clássicos de atuação administrativa, dos quais se sobressai o forte emprego de atos administrativos no cumprimento das competências públicas.

O confronto de modelos de atuação administrativa – autoritária *versus* consensual –, que oportunamente se colocará no trabalho (Parte III), pede uma análise mais detida do papel desempenhado pelo ato administrativo na movimentação administrativa. Portanto, sem pretender trazer pormenores sobre o instituto do ato administrativo, a estilo dos tradicionais compêndios de Direito Administrativo, importa salientar o significado que este

assume no quadro de desenvolvimento das atividades administrativas firmadas sobre o elemento da autoridade.

Por se relacionar à satisfação concreta de finalidades públicas, tem-se o ato administrativo como um dos elementos centrais do Direito Administrativo, senão o próprio elemento central¹²⁹. A preocupação dos administrativistas para com o ato administrativo é patente. Largas páginas foram dedicadas ao estudo de seus pressupostos de validade, atributos, classificações diversas e de seu sistema de invalidação com o fito de compreender a atuação administrativa a partir do desenho da teoria dos atos administrativos¹³⁰.

Basicamente três são os fatores determinantes do centralismo do ato administrativo no Direito Administrativo: (i) reconhecimento do ato administrativo como mecanismo primeiro de ação administrativa, (ii) constatação de ser o ato administrativo o ponto de convergência dos demais institutos de Direito Administrativo e, principalmente, (iii) o fato de o ato administrativo corresponder ao momento de contato direto entre Administração e administrado.

Evidencia-se uma preocupação de fundo dos administrativistas nacionais para com a prática do Direito Administrativo. Pela perspectiva jurídica, o que assinala o enfoque sobre a questão da legalidade, as diversas obras analisam a composição, preservação (pela via do controle) e recomposição da legalidade dos atos administrativos. Com tal repertório

¹²⁹ Nesse sentido, Odete MEDAUAR: “*o ato administrativo constitui um dos elementos fundamentais da elaboração sistemática do Direito Administrativo realizada no século XIX*”. **Direito Administrativo em Evolução**, p. 202. Sabino CASSESE é ainda mais enfático ao situar o ato administrativo no centro do Direito Administrativo. Trata-se, na sua visão, de uma decorrência da perspectiva jurisdicional da Administração Pública e do viés privatista da consideração dos institutos de Direito Administrativo. Cf. **Las Bases del Derecho Administrativo**, p. e ss.

¹³⁰ Na doutrina de Direito Administrativo brasileiro, podem ser relacionados os seguintes trabalhos atinentes ao estudo da teoria do ato administrativo: José CRETELLA JR, **Do Ato Administrativo** (1972), Eduardo Lobo Botelho GUALAZZI, **Ato Administrativo Inexistente** (1980), Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Ato Administrativo dos Direitos dos Administrados** (1981), Régis Fernandes de OLIVEIRA, **Ato Administrativo** (2ª ed., 1980), Antônio Carlos Cintra do AMARAL, **Extinção do Ato Administrativo** (1978), Miguel REALE, **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo** (1980), José CRETELLA JR, **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo** (1984), Carlos Ari SUNDFELD, **Ato Administrativo Inválido** (1990), Edmir Netto de ARAÚJO, **Da Convalidação do Ato Administrativo Illegítimo** (1993), Clóvis de CARVALHO JR, **Mérito do Ato Administrativo** (1978), Odete MEDAUAR, **Da Retroatividade do Ato Administrativo** (1978), Antônio Carlos Cintra do AMARAL, **Motivo e Motivação do Ato Administrativo** (1979) e José CRETELLA JR, **Dos Atos Administrativos Especiais** (1995). Ao lado dessas obras, a farta bibliografia assinalada reflete a centralidade do ato administrativo no plano teórico do Direito Administrativo brasileiro, cujo impacto mais significativo consiste na restrição dos debates sobre o agir administrativo à validade do ato administrativo, com forte ênfase aos correspondentes elementos e requisitos, controle e efeitos da invalidação dos atos administrativos.

temático, procura-se viabilizar juridicamente o desenvolvimento das atividades administrativas pela via do ato administrativo.

O segundo elemento determinante à centralidade do ato administrativo na doutrina do Direito Administrativo corresponde ao papel de síntese desempenhado pelo ato administrativo do sistema administrativista. Olhar o ato administrativo significa olhar também para o órgão ou ente de onde foi emanado, com todo o seu instrumental (e.g. agentes públicos e utilidades públicas), as regras e os princípios informadores do regime administrativo, o procedimento que o antecedeu, o efeito do ato pela análise da responsabilidade do Estado, bem como o controle da Administração.

Enfim, o ato administrativo sintetiza os tópicos atinentes ao Direito Administrativo. A atividade administrativa insere-se em um ambiente deveras complexo, informado por múltiplos institutos do Direito Administrativo conexos; o ato administrativo, tradutor primacial desta atividade administrativa, reveste-se de centralidade por incorporar a complexidade teórica do Direito Administrativo, especialmente as dualidades que modelam esta ciência do Direito. Assim, o poder administrativo também se encontra no ato administrativo pelo *atributo da imperatividade*¹³¹. Segundo Odete MEDAUAR,

“[i]mperatividade, por alguns denominada autoridade da coisa decidida, consiste na força obrigatória do ato administrativo em relação àqueles a quem se destina. Acarreta, sob ângulo da Administração, o poder de impor o ato, mesmo contra a vontade do destinatário; sob o ângulo deste, é o caráter da inevitabilidade, em princípio, da decisão administrativa”¹³².

Tradução direta da prerrogativa imperativa no âmbito do ato administrativo, o atributo da imperatividade reveste a ação administrativa pela via do ato administrativo de autoridade, de forma que o administrado, sujeito passivo na relação administrativa estabelecida pelo ato administrativo, termina por ser constituído unilateralmente em obrigação pela Administração Pública¹³³.

¹³¹ Segundo Roberto DAMONTE, “[s]i può efficacemente rapportare l’atto alla stregua della concreta manifestazione del potere amministrativo, quale mezzo mediante cui l’azione amministrativa viene esercitata”. **Atti, Accordi, Convenzione nella Giustizia Amministrativa**, p. 5.

¹³² **Direito Administrativo Moderno**, p. 141.

¹³³ Cf. Bernardo Giorgio MATTARELLA, **L’Attività**, p. 702-704. Remete-se ao item anterior, em que se procedeu a análise da imperatividade.

Muito embora o ato administrativo não se resuma às relações administrativas travadas entre Administração e administrado, pois que também se dirige às relações internas à Administração Pública¹³⁴, é exatamente a primeira particularidade que importa significativamente aos administrativistas. O ato administrativo é a forma predominante de contato entre Administração e administrado.

Por meio do ato administrativo, a decisão tomada pela Administração, tecnicamente conhecida como o objeto, exterioriza-se e afeta diretamente a esfera particular do administrado. Em outros termos, o ato administrativo simboliza o ponto de encontro da Administração com as liberdades públicas conferidas aos particulares, como o direito de propriedade e a liberdade de iniciativa privada. Dessa forma, a ordenação administrativa se procede fundamentalmente por meio de atos administrativos¹³⁵. Autorizações para exploração de determinada atividade econômica, licenças para desenvolvimento de empreendimento ambiental, permissões de uso de utilidade pública e sanções administrativas por infrações administrativas de trânsito são exemplos simples do relacionamento entre Administração e administrado propiciado pelos atos administrativos.

A construção teórica do ato administrativo remonta ao contencioso administrativo francês no contexto do Estado Liberal de Direito, marcado, no que tange à atuação administrativa, pela dualidade verificada entre a garantia dos direitos individuais e a consagração do poder administrativo. Seguindo essa dualidade fundamental, a conformação do ato administrativo se adequou ao compromisso de garantia dos direitos individuais sem, porém, afastar a característica de expressão autoritária do poder administrativo¹³⁶.

Dessa forma, a submissão do ato administrativo ao princípio da legalidade consistiu na chave encontrada para defesa dos direitos individuais oponíveis à Administração

¹³⁴ Convém destacar que a dicotomia estabelecida entre atos administrativos revestidos de imperatividade daqueles que não detêm tal atributo segue unicamente o critério da constância da prerrogativa imperativa, que não se confunde com a notória diferenciação tão forte na primeira metade do século XIX de atos de autoridade e de atos de gestão. Por essa distinção, pautada em critério material, os atos de autoridade corresponderiam aos atos em que a Administração se imporia sobre a esfera particular, ao contrário dos atos de gestão, concernentes à administração do patrimônio público e à organização interna do aparato administrativo. Ela foi especialmente útil para os países com dualidade de jurisdição, pois a classificação ‘permissa’, não sem falhas e tropeços, identificar os funcionários de autoridade e de gestão e, assim, determinar a competência jurisdicional.

¹³⁵ Cf. Carlos Ari SUNDFELD, **Direito Administrativo Ordenador**, p.38 e ss.

¹³⁶ A expressão autoritária do poder administrativo fica clara no ato administrativo com os atributos (presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade). Cf. Marçal JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 300 e ss

Pública. Pela via da legalidade, a atuação administrativa deveria necessariamente estar amparada em lei formal oriunda do Parlamento e qualquer objeção a tal dever seria passível de correção pela via jurisdicional (administrativa ou judicial, conforme o sistema de jurisdição adotado).

O viés autoritário do ato administrativo, por sua vez, expressa-se na tradução do poder administrativo nos correspondentes atributos da unilateralidade e da imperatividade, o que é deveras marcante na doutrina nacional de Direito Administrativo¹³⁷. Embora haja escritos que suavizem a incidência formal e material dos atributos¹³⁸, a unilateralidade e a imperatividade dos atos administrativos são ambas tomadas como pressupostos; o afastamento delas reside somente na esfera da excepcionalidade.

Caracteriza-se a forma de contato entre Administração e administrado pela *atributividade* na relação administrativa. A identificação do ato administrativo como mecanismo de manifestação de poder, na ordem da teoria de Maurice HAURIOU, foi de forte influência sobre a conformação do Direito Administrativo de base europeu-continental, ao qual classicamente se filia o Direito Administrativo brasileiro. Isso resta evidente com o atributo da imperatividade, tradução do poder administrativo (prerrogativa imperativa) no ato administrativo.

Independentemente das funcionalidades que o ato administrativo passou a colecionar, como o dever de satisfação das necessidades coletivas e a garantia dos direitos individuais dos administrados, o fato é que o conceito de ato administrativo jamais conseguiu se desvencilhar da conotação autoritária. Vale a síntese oferecida por Vasco Pereira da SILVA acerca da dupla funcionalidade do ato administrativo:

“por um lado visto como um ‘privilégio da Administração’, manifestação do poder administrativo no caso concreto, um acto unilateral cujos efeitos são susceptíveis de ser impostos a particulares por via coativa. Por outro lado, ele constitui um instrumento de garantia dos particulares, na medida em que abre a via de acesso à Justiça,

¹³⁷ A conceituação de unilateralidade e imperatividade dos atos administrativos apresentada por Hely Lopes MEIRELLES bem traduz a concepção hodierna desses atributos no Direito Administrativo brasileiro. Segundo o jurista, ato administrativo unilateral corresponde “*àquele que se forma com a vontade única da Administração, e que é o ato administrativo típico*” (**Direito Administrativo Brasileiro**, p. 132), ao passo que a imperatividade deve ser entendido como “*o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução*” (*Idem*, p. 141).

¹³⁸ Nesse sentido, cf. Maria Sylvia Zanella Di PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 200.

*permitindo a defesa dos privados relativamente às acusações administrativas lesivas dos seus direitos*¹³⁹”.

O foco no ato em detrimento do processo administrativo levou à consideração do aspecto instantâneo do encontro entre Administração e administrado, marcando a atuação administrativa como estática ou, na visão de Sabino CASSESE, como atuação *one shot*¹⁴⁰. O imediatismo do ato administrativo enaltece o caráter da unilateralidade, enquanto a decisão administrativa, conformada isoladamente pela Administração Pública, é apenas percebida pelo administrado quando do momento de sua incidência. Reconhecer o ato administrativo como o único momento de contato da Administração com o administrado significa afastar a participação deste no processo de formulação da decisão administrativa, limitando o administrado à mera figura de receptor da decisão administrativa já delineada unilateralmente pela Administração. Embora o ato administrativo não determine a unilateralidade, a qual, conforme exposto, decorreria da prerrogativa imperativa, a concepção por detrás do ato administrativo que o compreende como o instante de contato entre a Administração e o administrado afirma o viés autoritário que o ato administrativo pode se revestir.

Dessa forma, a atuação administrativa autoritária, i.e., a atuação administrativa que se vale da prerrogativa imperativa, formaliza-se primeiramente na figura do ato administrativo, imperativo e unilateral. Na qualidade de ponto de contato entre a Administração e o administrado, o ato administrativo tanto corrobora o viés autoritário conferido pela imperatividade, configurando a *regulação imperativa*.

Verificada a existência de um modelo de atuação administrativa imperativa no Direito Administrativo brasileiro, necessário se faz reconhecer a forma pela qual a imperatividade, marca desta forma clássica de atuação administrativa, projeta-se sobre a *regulação estatal*¹⁴¹. A relativa mudança da perspectiva de análise não é despropositada: na medida em que o Estado se vale cada vez mais da regulação para satisfazer suas

¹³⁹ **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**, p. 45-46.

¹⁴⁰ **Las Bases del Derecho Administrativo**, p. 91.

¹⁴¹ O conceito de *regulação* certamente figura dentre os mais controversos na literatura econômica e jurídica. Especialmente no caso do Direito brasileiro, seu enfrentamento conceitual coloca-se com notável relevância na medida em que o termo *regulamentação*, tradicional nos escritos de Direito Administrativo. O sentido de regulação empregado neste trabalho perfilha o apresentado por Vital MOREIRA, segundo o qual “*o conceito de regulação deve abranger todas as medidas de condicionamento da actividade económica, revistam ou não de forma normativa*”. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**, p. 36.

competências, negligenciar o estudo da incidência da imperatividade sobre a regulação seria fatal ao reconhecimento do cenário no qual a consensualidade se coloca.

1.4. A atuação administrativa sancionatória como modelo de atuação imperativa

Conforme apresentado no item anterior, a prerrogativa imperativa é eminentemente genérica, razão pela qual fundamenta os demais poderes detidos pela Administração Pública e, ainda, prescinde da atividade administrativa para se efetivar. Tal caráter genérico decorre do fato de a prerrogativa imperativa não se atrelar diretamente a uma materialidade específica; trata-se de um poder de atividade administrativa pelo qual a tradução da autoridade estatal resta evidenciada com maior nitidez. A prerrogativa imperativa diferencia-se, assim, das denominadas prerrogativas em espécie, que apresentam determinação de conteúdo, a exemplo da prerrogativa sancionatória.

Este item se volta à análise de uma específica prerrogativa pública imbuída de materialidade, qual seja, a *prerrogativa sancionatória*. Assim, diversas prerrogativas públicas em espécie guarnecem a Administração e poderiam, igualmente, ser objeto de análise, uma vez que, em maior ou menor medida, todas trazem em si a nota da autoridade. Porém, vale novamente o esclarecimento metodológico: a escolha pela prerrogativa sancionatória deve-se ao máximo grau de autoridade que ela apresenta.

Para os fins do presente estudo, entende-se por *prerrogativa sancionatória* a *faculdade detida pela Administração Pública de impor unilateral e imperativamente sanções administrativas*.

A prerrogativa sancionatória abrange todo o ciclo regulatório sancionador, o qual compreende o regramento das infrações e sanções administrativas, a fiscalização dos serviços concedidos, permitidos ou autorizados e a aplicação e execução de sanções administrativas¹⁴². O foco da análise se restringirá, porém, ao seu último componente. A opção pela investigação mais detida da aplicação de sanções administrativas deve-se à abordagem do trabalho voltada para a avaliação da incidência concreta dos atos autoritários e consensuais sobre a esfera particular. Dessa forma, preferiu-se não se ater ao regramento

¹⁴² Cf. Egon Bockmann MOREIRA, **Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas**, p. 180-181.

das infrações e sanções administrativas em razão do caráter genérico e abstrato que assumem. A fiscalização dos serviços também não demonstrou ser o elemento primeiro de análise, pois destinada a apenas instruir o processo administrativo sancionador e, assim, fundamentar a eventual aplicação da sanção administrativa pela autoridade reguladora. Justifica-se, portanto, a análise da prerrogativa sancionatória pela faculdade de aplicação de sanções administrativas, núcleo essencial do poder sancionador em que a autoridade externada pela Administração Pública incide concretamente na esfera particular por meio de ato administrativo final (sanção administrativa).

O poder sancionador encontra fundamento, como se evidencia com as demais potestades públicas, na própria *prerrogativa imperativa* exorbitante¹⁴³. Também é a prerrogativa sancionatória fruto do poder administrativo, por meio da qual a sanção administrativa, na qualidade de decisão administrativa, é imposta unilateralmente pela Administração. Sobre a relação entre prerrogativa imperativa e prerrogativa sancionatória, Marcelo Madureira PRATES assim se posiciona:

“[a] possibilidade de a Administração impor, por ela mesma e com império, sanções aos particulares com os quais não mantivesse nenhuma relação jurídica especial adquiriu densidade e se consolidou como verdadeiro poder administrativo, como uma das prerrogativas de autoridade detidas pela Administração para serem utilizadas em favor da coletividade, à qual temos denominado poder sancionador geral”¹⁴⁴.

Hodiernamente, e por influência de clássicos escritos sobre Direito Sancionador no Direito Comparado, tende-se a reconhecer no Direito Administrativo brasileiro a existência de um *ius puniendi* geral do Estado, fundamento único da prerrogativa de aplicação de sanções administrativas e do poder de imposição de penas mediante verificação de ilícito penal¹⁴⁵. Como fundamento de ordem estatal, o *ius puniendi* serviria de elo de ligação do Direito Administrativo Sancionador ao Direito Penal por meio do qual princípios e institutos típicos deste sistema seriam transportados ao Direito Administrativo, dentre

¹⁴³ Heraldo Garcia VITTA, **A Sanção no Direito Administrativo**, p.63.

¹⁴⁴ **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**, p. 37.

¹⁴⁵ “O certo é que vigora, fortemente, a idéia de que o Estado possui um único e unitário poder punitivo, que estaria submerso em normas de direito público. Esta caracterização teórica do poder punitivo estatal tem múltiplas conseqüências, e, paradoxalmente, parcelas das situações que lhe servem de premissa são extremamente problemáticas. A mais importante e fundamental conseqüência da suposta unidade do *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais”. Fábio Medina OSÓRIO, **Direito Administrativo Sancionador**, p. 120.

tantos¹⁴⁶, o princípio da legalidade estrita, que mesmo no Direito Penal encontra-se atenuada com a presença de normas penais em branco e de conceitos indeterminados a delimitar o tipo legal.

Para Alejandro NIETO, a tese do *ius puniendi*, hoje prevalecente na doutrina, fortificou-se e foi erigida à categoria de “*dogma do Direito Administrativo Sancionador*” diante da ausência no regime jurídico-administrativo de ferramental hábil a disciplina a atividade sancionatória do Estado e, ainda, garantir os direitos detidos pelos particulares¹⁴⁷. No entanto, o Direito Administrativo conta com normas que conformam o exercício da prerrogativa sancionatória pelo Poder Público, conferindo-lhe peculiaridade em relação ao sistema de Direito Penal, de forma que o transplante de princípios e preceitos próprios deste regime mostra-se inapropriado para lidar com a atuação administrativa sancionatória. O fundamento da competência sancionatória detida pela Administração Pública não encontra fundamento, portanto, no *ius puniendi* estatal, mas sim na prerrogativa sancionatória prevista nos textos legais, a ser exercitada nos termos e limites definidos pelo regime administrativo ao qual se relacione.

Decorrente do exercício da prerrogativa sancionatória, a sanção administrativa consiste no meio potencialmente mais incisivo de ingerência da Administração Pública sobre a esfera privada. Isso não quer dizer que a sanção administrativa sempre será a mais forte medida administrativa a incidir sobre o administrado, dado o grau de imperatividade variar conforme o conteúdo da decisão unilateral a ser imposta. Como as sanções administrativas tendem a apresentar conteúdo efetivamente repressivo e construtivo, sob pena de seu provimento não se demonstrar eficaz, aceita-se o escalonamento das decisões administrativas quanto ao correspondente grau de incidência da imperatividade, em cujos dois extremos residiriam a sanção administrativa e os atos de homologação ou de adjudicação (a exemplo das autorizações e permissões).

¹⁴⁶ Embora discorde da “importação” de institutos do Direito Penal para a esfera do Direito Administrativo, Daniel FERREIRA reconhece a existência de um *mínimo regime jurídico sancionador* “através do qual, independentemente da natureza da sanção (penal ou administrativa), reconhecem-se alguns princípios como sendo de cogente aplicação”. **Sanções Administrativas**, p. 86.

¹⁴⁷ “El enorme éxito de tal postura – elevada ya a la categoría de dogma incuestionable – se debe en parte a razones ideológicas, ya que así se atempera el rechazo que suelen producir las actuaciones sancionadoras de la Administración, de corte autoritario, y, en parte, a razones técnicas, en cuanto que gracias a este entronque con el Derecho público estatal se proporciona al Derecho Administrativo Sancionador un soporte conceptual y operativo que antes carecía”. **Derecho Administrativo Sancionador**, p. 20.

Dessa forma, a prerrogativa sancionadora conforma a atuação administrativa sancionatória, pois de seu exercício resultam atos administrativos específicos – as sanções administrativas – imperativos e unilaterais. Lastreada pela imperatividade atinente ao poder sancionador, a sanção administrativa incide independentemente da aquiescência de seu destinatário. É o exercício da prerrogativa sancionatória por meio da aplicação de sanção administrativa que afirma a autoridade da Administração frente ao administrado, razão pela qual são reconhecidos os seguintes efeitos: repressão do infrator, recomposição da legalidade e prevenção de infrações dado o efeito simbólico da sanção à sociedade.

Há direto relacionamento do poder sancionador com as atividades desempenhadas pela Administração Pública, como a atividade de ordenação e a prerrogativa sancionatória¹⁴⁸. Tradicionalmente, tal conexão apresentava-se no relacionamento entre atividade de polícia e prerrogativa sancionatória que decorreria, fundamentalmente, da associação da medida de polícia à figura forte da sanção administrativa. Ainda, o fato de o poder de polícia recorrentemente se exteriorizar por meio de atos administrativos unilaterais reforça a sinergia entre poder de polícia e a prerrogativa sancionatória¹⁴⁹.

Sobre uma outra perspectiva, pode-se, ainda, indicar a instrumentalidade-supremacia como fator de aproximação da prerrogativa sancionatória ao poder de polícia. Medida exorbitante, o poder sancionador verticaliza as relações jurídico-administrativas para, assim, permitir a imposição unilateral das sanções administrativas pela Administração Pública. Conseqüentemente, o poder sancionador marca a supremacia da Administração que enfatiza a noção de autoridade construída pela conjunção da materialidade da prerrogativa sancionatória e a exorbitância¹⁵⁰.

Qualquer que seja o fator de aproximação entre a prerrogativa sancionatória e o poder de polícia, o fato é que a garantia da “*orden pública*” ou da “*segurança, sossego e saúde*”, respectivamente defensável nos planos doutrinário e jurisprudencial, classicamente

¹⁴⁸ Na linha de entendimento da prerrogativa sancionatória como medida de garantia de eficácia das atividades administrativas, Héctor Jorge ESCOLA expressa que a exposta utilidade da prerrogativa em comento ganha especial relevância na atividade de polícia: “[e]sta conclusión [o poder sancionador garante a existência da atividade administrativa] se hace más evidente aún en el cumplimiento de la actividad de policía que corresponde a la administración pública, y es así como la observancia y la preeminencia de esa actividad y de las normas jurídicas consecuentemente dictadas, se logra por medio de las sanciones administrativas”. **Compendio de Derecho Administrativo**, p. 930.

¹⁴⁹ Marçal JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 505.

¹⁵⁰ Segundo Egon Bockmann MOREIRA, “[o] poder é eficaz quando detentor de atributos que o tronem desigual e desproporcional, quando estabeleça relações de subordinação. Caso os demais operadores disponham de capacidades e possibilidades equivalentes, frustrada estará a essência de sua definição”. **Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções**, p. 165.

tem sido satisfeita com a ameaça ou a efetiva imposição de sanções administrativas pela autoridade administrativa.

No atual contexto regulatório, a passagem da atividade de polícia para a administração ordenadora implica no reconhecimento de uma ordem mais racional na disciplina do comportamento dos particulares, especialmente por prescindir de comando normativo expresso para ditar os fundamentos e limites da ordenação administrativa¹⁵¹. Qual seria, então, o impacto da ascensão da administração ordenadora no emprego do poder sancionador? Necessário se faz contextualizar o poder sancionador e contextualizá-lo na dinâmica regulatória.

Primeiramente, assinala-se que a transição da atividade de polícia para a ordenação, ainda em curso, não afastou o mecanismo sancionatório da atuação administrativa. Se a passagem da atividade de polícia para a atividade de ordenação implica em maior racionalização da ingerência estatal sobre a esfera privada, não por isso a Administração deixou de se valer da prerrogativa sancionatória para alcançar finalidades de ordenação econômica e social¹⁵². Ao contrário, o que se evidencia é exatamente a previsão de poderes sancionadores às autoridades reguladoras como importante mecanismo de proceder à regulação enquanto eficaz medida de condicionamento do comportamento dos agentes econômicos em prol das finalidades ínsitas ao setor regulado¹⁵³.

Como consequência, o tema do Direito Administrativo Sancionador¹⁵⁴ e suas implicações para a ordem econômica têm ganhado cada vez mais importância na teoria e

¹⁵¹ Em sua tese de doutorado (**Direito Administrativo Ordenador**), Carlos Ari SUNDFELD coloca em questionamento a utilidade de empregar a locução *poder de polícia* na medida em que esta remete (i) a um amplo poder de disciplinar autonomamente as atividades privadas, (ii) ao modelo de Estado Liberal, cuja intervenção sobre a esfera particular restringe-se a impor deveres negativos e (iii) à existência de poderes implícitos deferidos pelo ordenamento jurídico ao administrador. Para o autor, o efeito maior da ascensão da ordenação consiste na substituição da “*postura metodológica*” da ingerência estatal sobre os particulares: ao invés de adotar como pressuposto de intervenção uma faculdade genérica e peculiar (poder de polícia), impõe-se, na ordenação, a necessidade de fundamento legal do poder de regular. Não se trata, portanto, de mera “*troca de rótulos*” no âmbito da intervenção estatal sobre os particulares, mas sim de uma sistemática mais racional de intervenção estatal em que a respectiva medida é destacada. p. 17-18.

¹⁵² Oportuno indicar nesse momento o conceito de sanção administrativa empregado na dissertação de mestrado: *ato unilateral decorrente do exercício imperativo do poder sancionador*. Cf. Héctor Jorge ESCOLA, **Compendio de Derecho Administrativo**, vol. II, p. 930. Na qualidade de instrumento regulatório, a sanção administrativa será assim compreendida: *ato unilateral decorrente do exercício imperativo do poder sancionador por meio do qual há alteração direta ou indireta do comportamento dos administrados (agentes regulados)*.

¹⁵³ Cf. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, **Aspectos Jurídicos do Exercício do Poder de Sanção por Órgão Regulador do Setor de Energia Elétrica**, p. 7.

¹⁵⁴ Na linha exposta por Alejandro NIETO, o Direito Administrativo Sancionador é o sistema autônomo do Direito Penal compreendido pela prerrogativa sancionadora e pelas normas que orientam o exercício da

prática da atividade de regulação¹⁵⁵. Todavia, a atual produção acadêmica sobre o Direito Administrativo Sancionador volta-se sobre o relevante tema dos princípios protetivos do particular¹⁵⁶, principalmente os de ordem constitucional, ou à delimitação teórica da sanção administrativa. Apenas incidentalmente aspectos mais específicos do Direito Administrativo Sancionador têm sido analisados. Assim, é na prática da regulação pela via da sanção que as grandes questões do Direito Administrativo Sancionador se colocam.

Oportuno assinalar o recente exemplo da Consulta Pública 847, de 24 de dezembro de 2007 (CP 847/07), da ANATEL, que suscitou expressivo diálogo em torno do Direito Administrativo Sancionador ao submeter à apreciação pública proposta de alteração do Regulamento de Sanções Administrativas, a Resolução 344, de 18 de julho de 2003¹⁵⁷. Com expressiva participação¹⁵⁸, foram debatidos na CP 847/07 pontos sensíveis ao Direito Administrativo Sancionador que pouco transparecem nos escritos doutrinários, como a extensão das cláusulas contratuais na previsão e limitação de infrações e sanções administrativas, a relação entre poder de polícia e poder sancionador, a questão da dosimetria da sanção e a presença de conceitos jurídicos indeterminados (má-fé, modo temerário, resistência injustificada e benefícios diretos e indiretos, por exemplo), os acordos substitutivos (termo de ajustamento de conduta – TAC), as finalidades gerais e específicas do setor de telecomunicações e seu relacionamento com a prerrogativa sancionatória, estipulação de parâmetros de sopesamento, os limites ao poder sancionador detido pela ANATEL, dentre outros.

Além da pauta de debates determinada pelas consultas públicas, ambiente de discussão por excelência, as questões em torno do Direito Administrativo Sancionador

mesma: “*cabalmente porque existen una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador*”. **Derecho Administrativo Sancionador**, p. 74.

¹⁵⁵ Cf. Alejandro NIETO, *Idem*, p. 90.

¹⁵⁶ Destacam-se os seguintes princípios nas análises doutrinárias: devido processo legal, proporcionalidade, tipicidade, proibição do *bis in idem*, culpabilidade e irretroatividade da lei mais gravosa. Cf., por todos, Rafael Munhoz de MELLO, **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**.

¹⁵⁷ Nesse sentido podem ser indicadas a CP 489/ANATEL (2004), que colocou em apreciação proposta de alteração do Regulamento de Fiscalização, e a CP 595/ANATEL (2005), cujo objeto correspondia à alteração do Regimento Interno da ANATEL, no qual se encontram ritos procedimentais específicos, dentre eles o processo administrativo sancionador.

¹⁵⁸ Foram ao todo 191 contribuições e 444 propostas provindas de 26 contribuidores representantes de diversas categorias (prestadores de serviço, cidadãos, associações de consumidores e prestadores, escritórios de advocacia e consultoria, bem como a própria ANATEL). Em termos de representatividade, os prestadores de serviço e as associações de prestadores foram os mais ativos ao apresentarem, respectivamente, 70% e 20% das 444 propostas. Os cidadãos e a associação de consumidores apresentaram 4% e 0,5% das propostas, na ordem.

também surgem do cotidiano da regulação sancionadora, na interação entre regulador e regulado no ciclo regulatório e nos processos administrativos sancionadores instaurados. Ademais, a maciça previsão de poderes sancionatórios às Agências Reguladoras associada ao fenômeno da despenalização corrobora para a valorização do Direito Administrativo Sancionador.

Embora a passagem da atividade de polícia para a ordenação não tenha afastado a sanção como instrumento de intervenção indireta estatal, como visto, tal evolução impactou, porém, a forma de exercício da prerrogativa sancionatória. O efeito mais significativo desta prerrogativa corresponde à redução da margem de discricionariedade detida pelo administrador em relação ao exercício do poder sancionador.

Certamente a relação discricionariedade – poder sancionador figura dentre as mais controversas do Direito Administrativo, uma vez que esse relacionamento potencializa a clássica dicotomia autoridade – liberdade, enquanto expressão da autoridade máxima do Estado, e dada a pluralidade de sentidos que a discricionariedade assume no âmbito da prerrogativa sancionatória. Três ordens de sentido da discricionariedade podem ser assinaladas na relação com o poder sancionador: (i) discricionariedade quanto à aplicação da sanção administrativa, após regular processo administrativo sancionador, (ii) discricionariedade quanto à celebração de acordos substitutivos de sanção administrativa e (iii) discricionariedade quanto à delimitação e aplicação da sanção administrativa, a qual se desdobra na eleição do tipo de sanção administrativa e na dosimetria da mesma.

A redução das margens de discricionariedade resultante da atividade de ordenação corresponde ao terceiro sentido assinalado. Perceptível no atual Direito Administrativo o fenômeno da auto-vinculação, por meio do qual o ente administrativo expede normas de disciplina de sua atividade e se vincula às suas próprias regras, reduzindo, assim, a margem de discricionariedade conferida pela lei formal. Assume a discricionariedade indiscutível importância na manutenção do equilíbrio sistêmico dos setores regulados na medida em que propicia o dinamismo típico à regulação, em prestígio às especificidades que esse mesmo setor pode apresentar em distintos momentos.

No que tange ao poder sancionador, a vinculação é primeiramente ensejada pela textura das leis formais analisadas (marcos regulatórios setoriais), as quais expressamente “*delegam*” a disciplina do exercício da prerrogativa sancionatória à autoridade

administrativa ou possuem significativa imprecisão conceitual, que naturalmente determina a atividade completiva da Administração Pública¹⁵⁹. Além de conferir poder sancionador às autoridades administrativas, as leis formais analisadas desempenham a função de estabelecer *standards* de observância obrigatória pela Administração quando da atividade de regulamentação, embora alguns preceitos indiquem especificamente pontuais sanções e infrações administrativas.

Dessa forma, é na seara regulamentar que se procede a efetiva redução das margens de discricionariedade para delimitação e aplicação de sanções. São basicamente três os objetos de regulamentação que atenuam a discricionariedade atinente ao exercício do poder sancionador: (i) regulamentação das normas procedimentais atinentes ao processo administrativo sancionador, (ii) regulamentação da aplicação de sanções administrativas e (iii) celebração de contratos ou atos de outorga.

Assume o processo administrativo cada vez maior centralidade no Direito Administrativo, principalmente após a edição da lei federal de processo administrativo (lei 9.784/99). Seu maior efeito reside na uniformização da atuação administrativa com o reconhecimento de um *iter* geral no qual a decisão administrativa é racionalmente formada. O *processo administrativo sancionador* encontra-se especificado, via de regra, no Regimento Interno da correspondente Agência Reguladora, o qual disciplina também outros procedimentos em espécie, tais quais o processo normativo e o processo administrativo de outorga. Dessa forma, há a diminuição da discricionariedade pela previsão de procedimentos sancionadores específicos conforme o setor regulado, dada a presença de maiores formalidades para a tomada de decisão no processo.

Ainda, a previsão regulamentar de critérios para aplicação de sanções administrativas também reduz a margem de discricionariedade no exercício do poder sancionador. As regras contidas nos diplomas referentes à padronização do sopesamento e da aplicação de sanções administrativas diminuem a ampla margem de apreciação deferida pela lei formal ao administrador; nesse sentido, a especificação das infrações restringe o âmbito de atuação sancionatória da Administração Pública.

¹⁵⁹ Exceção a essa tendência é a Lei 8.884/94, que prevê de forma mais pormenorizada que as demais leis gerais, as infrações, sanções e procedimentos administrativos em matéria antitruste. Mesmo com maior grau de detalhamento, o CADE dispõe de Regimento Interno (aprovado pela Resolução 45/07), no qual estão previstas regras atinentes aos poderes instrutórios, aos autos de infração e à sanção administrativa, bem como de resoluções que dispõem sobre a dosimetria de multas pecuniárias, como a Resolução 36/04 e a Resolução 44/07.

Quanto a este específico ponto, necessário esclarecer a viabilidade de especificação das infrações administrativas em sede regulamentar assim como da discriminação das sanções administrativas em relação às possíveis infrações percebidas no setor regulado¹⁶⁰. Por fim, os contratos e atos de outorga de serviços públicos também reduzem a margem de discricionariedade detida pela Administração Pública ao esmiuçar as infrações e as sanções administrativas peculiares à relação de sujeição especial firmada entre as partes da avença. O raciocínio segue aquele verificado no regramento de critérios para a aplicação de sanções administrativas, diferenciando-se tão somente quanto ao âmbito de incidência, na medida em que o disposto nas cláusulas contratuais ou no teor dos atos de outorga restringe-se à relação travada entre Administração Pública e administrado.

O equilíbrio sistêmico do setor regulado e o atendimento das finalidades ínsitas ao mesmo demandam uma postura mais flexível do regulador quanto ao exercício do poder sancionador, dado o simples fato de a prerrogativa sancionatória constituir mero meio de satisfação das competências administrativas. A previsão rígida de todos os pormenores das infrações e sanções administrativas redundaria no enrijecimento do administrador público que, no extremo, não conseguiria exteriorizar a decisão mais eficaz ao caso concreto levando em consideração as especificidades do caso concreto e as particularidades do cenário regulatório em que sua decisão (sancionatória) se colocaria.

A regulação sancionadora constitui, assim, *modelo de regulação autoritária*. Seu instrumento – sanção administrativa – é imposto independentemente da aquiescência do regulado exatamente por encontrar-se subsidiado pela prerrogativa imperativa. Mesmo com as especificidades da regulação sancionadora determinadas pela materialidade (conteúdo) da competência sancionadora, evidencia-se o núcleo comum da regulação autoritária correspondente à projeção da imperatividade para determinar a imposição da decisão administrativa unilateralmente determinada (sanção). O elemento *autoridade* é patente nesse tipo de regulação.

¹⁶⁰ Cf. Marcelo Madureira PRATES, **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**, p. 107.

PARTE II – ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL

Capítulo II – A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL

2.1. Debates doutrinários sobre a consensualidade no Direito Administrativo brasileiro – 2.2. Pressupostos teóricos da consensualidade – 2.2.1. Eficiência administrativa e instrumentalização da consensualidade – 2.2.2. Participação deliberativa: tomada de decisão administrativa por acordos – 2.2.3. A atuação administrativa consensual como mecanismo de governança pública – 2.3. A atuação administrativa consensual – 2.3.1. Paradigma de análise: o debate internacional sobre o modelo de consensualidade – 2.3.2. Atuação administrativa consensual – 2.4. Viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar – 2.4.1. O caso paradigmático da arbitragem – 2.4.2. Análise crítica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público – 2.4.2.1. Do princípio da supremacia do interesse público à composição de interesses – 2.4.2.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público: sobre o quê a Administração Pública pode transacionar?

2.1. A consensualidade no Direito Administrativo

Se é incisivo o papel desempenhado pela doutrina na definição do Direito Administrativo, no tema da consensualidade os estudos teóricos assumem relevância. Isso se deve ao fato de a consensualidade resultar diretamente dos debates travados nos sistemas da Europa continental sobre temas que viriam a estruturar a atuação administrativa consensual, como participação administrativa, atividade privada administrativa, autonomia privada da Administração e contrato de direito público. No Direito Administrativo italiano, por exemplo, Franco SCOCA aponta que o cenário doutrinário dos anos 1980 foi marcado por essa ordem de temas que, de certa forma, conformaram o arcabouço teórico da reforma administrativa conduzida nos anos 1990¹⁶¹, reforma esta responsável por inserir os acordos administrativos como meio de atividade administrativa¹⁶².

Também no Direito Administrativo brasileiro a doutrina desempenha relevante papel no tema da consensualidade, mas com uma função diversa daquela de “*preparação do terreno*” para a positivação dos acordos administrativos.

¹⁶¹ **Autorità e Consenso**, p. 31.

¹⁶² Nessa medida, o art. 11 da lei de processo administrativo italiano, concretização da reforma administrativa, resulta destes debates doutrinários que pautaram sensivelmente a Comissão Nigro. Cf. Stefano COGNETTI, **Normative sul Procedimento, Regole di Garanzia ed Efficienza**, p. 125-130.

Primeiramente, a “*consensualidade*” é colocada no cenário do Direito Administrativo brasileiro pelo trabalho da doutrina após o contato com a farta produção acadêmica no Direito Administrativo italiano e, em menor medida, no Direito Administrativo espanhol¹⁶³. Embora o regime administrativo contemple instrumentos consensuais há longa data – mencione-se o exemplo da desapropriação amigável –, somente a partir da segunda metade dos anos 1990 o tema passou a ser discutido no Brasil de forma técnica e sistematizada em torno do conceito de “*consensualidade*”. No contexto de limitação da autoridade do Estado por meio de estudos sobre a participação administrativa e a forma de exercício do poder de autoridade pelo Estado, os administrativistas brasileiros entraram em contato com o desenvolvimento teórico da consensualidade nos países europeus filiados ao *civil law* e inseriram o tema da consensualidade na pauta da agenda teórica nacional.

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

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

Em relação aos fatores que determinam a atuação administrativa por meio de acordos, a *democracia substantiva* é recorrente nos estudos teóricos sobre a consensualidade. O recente estágio da democracia dita o maior envolvimento dos cidadãos na definição de políticas públicas e, no âmbito da Administração Pública, na tomada de decisões administrativas. Diante da redemocratização consagrada com a Constituição Federal de 1988¹⁶⁴ e a nova ordem da cidadania que ela determina, mais participativa, a

¹⁶³ Dentre as principais obras mencionadas por esses administrativistas ao tratar do tema da consensualidade estão **Curso de Derecho Administrativo**, de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ & Eduardo García de ENTERRÍA, e Ernesto Sticchi DAMIANI, **Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma**.

¹⁶⁴ Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, **Participação Popular na Administração Pública**, p. 87.

consensualidade é apontada como uma decorrência natural do atual estágio de organização constitucional da Administração Pública.

Além de fundamentar a consensualidade, a democracia substantiva é também considerada o fator que enseja a participação administrativa. Este eixo de desenvolvimento comum ao lado do fato de a participação administrativa ser o pressuposto prático da celebração de acordos administrativos faz com que a consensualidade seja muitas vezes compreendida no tema da participação administrativa¹⁶⁵. Nessa linha, também é comum que a participação administrativa seja mencionada nos textos sobre consensualidade e até mesmo seja considerada como um instrumento consensual¹⁶⁶.

Outro fator de ascensão da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro debatido corresponde à *contratualização*, fenômeno que corresponde ao crescente recurso a módulos contratuais pela Administração Pública para satisfazer suas competências, privilegiando a figura do contrato administrativo em detrimento da intervenção direta estatal ou, ainda, das manifestações de autoridade do Poder Público. A contratualização corresponde a um termo amplo que abrange os contratos administrativos ao lado da concertação administrativa¹⁶⁷.

Por fim, a *eficiência* consiste no terceiro fator indicado pela doutrina¹⁶⁸. No entanto, na maior parte das vezes a eficiência não é explicitada nos textos, que, ao invés, expõem genericamente as potencialidades dos instrumentos consensuais no que se convencionou denominar de “*elogio ao consenso*”. Com o elogio ao consenso, as externalidades positivas dos acordos administrativos são enaltecidas e apresentadas abstratamente, sem atentar às especificidades atinentes a cada tipo de instrumento consensual e sem respaldo de estudos de caso. A seguinte passagem de Diogo Figueiredo MOREIRA NETO é sistematicamente reproduzida entre os administrativistas para descrever os efeitos positivos dos acordos administrativos:

¹⁶⁵ Cf. Caio TÁCITO, **Direito Administrativo Participativo**, p. 134. Nessa linha, também Lúcia Valle FIGUEIREDO, **Instrumentos da Administração Consensual. A audiência pública e sua finalidade**, p. 383 e ss.

¹⁶⁶ Para uma exposição mais aprofundada sobre a relação consensualidade e participação administrativa, cf. item 2.2.2. desta dissertação.

¹⁶⁷ Cf. Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA, **O Contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira**, p. 323 e ss.

¹⁶⁸ Cf. Alexandre ARAGÃO, **A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**, p. 66.

“É inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a junção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e concedente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos (ordem)”¹⁶⁹.

O elogio ao consenso cumpre o papel de fundamentar a consensualidade no Direito Administrativo. Assim, na medida em que as competências detidas pelo Poder Público podem ser satisfeitas de forma menos incisiva ao administrado, com menores custos e resultados mais efetivos, a administração por acordos passa a ser compreendida como legítima na Administração Pública.

Os fatores de ascensão da consensualidade são, portanto, comuns, abrangendo a democracia substantiva, a contratualização e a eficiência. No entanto, a caracterização da consensualidade difere significativamente de autor para autor quanto (i) aos *tipos de instrumentos* compreendidos na noção de consensualidade e (ii) à *listagem* desses instrumentos consensuais a partir do plano normativo. Essa disparidade de entendimento sobre a caracterização da consensualidade decorre diretamente da concepção que se adota sobre o instituto. Há atualmente no Direito Administrativo brasileiro duas formas de compreensão da consensualidade: (i) se para a maioria dos administrativistas que se dedicaram ao tema a consensualidade corresponde ao *acordo de vontades* envolvendo a Administração Pública, (ii) uma pequena parcela da doutrina compreende a consensualidade como qualquer forma de *participação administrativa* ou *forma de exercício de função pública por particulares*.

Primeiramente, a consensualidade pode ser entendida como *acordos de vontades* entre Administração Pública e pessoas de direito público ou de direito privado, quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais¹⁷⁰. Esse é o critério mais recorrente nos estudos nacionais sobre a consensualidade, segundo o qual a

¹⁶⁹ **Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro**, p. 36.

¹⁷⁰ “(...) um dos vetores da evolução na aplicação de mecanismos de consenso – mecanismos que propiciem o acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa, tanto os governantes, como os governados, sobre as bases da ordem a que estão submetidos, naturalmente respeitando-se os limites da legalidade – situa-se na matéria dos contratos administrativos, aí concebido ‘contrato’ em seu sentido estrito”. Fernando Dias Menezes de ALMEIDA, **Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo**, p. 343-344.

Administração Pública, dotada de personalidade jurídica, satisfaz suas competências por meio de instrumentos tipicamente privados, assim entendidos por remeterem ao princípio da autonomia privada. Por essa razão, a consensualidade é via de regra apresentada no contexto de aumento do emprego de mecanismos privados pela Administração para satisfação do interesse público¹⁷¹, sendo a *contratualização* sua forma mais evidente.

A contratualização no âmbito da Administração Pública se reflete tanto no aumento de previsão normativa de contratos administrativos, com a edição de leis que criam novas figuras contratuais para o exercício das funções públicas, quanto no maior recurso pela Administração aos contratos em detrimento da atuação administrativa unilateral. Seu contexto mais recente está na Reforma do Estado, que marcou a passagem do Estado Empresário para um modelo de prestação indireta dos serviços públicos por intermédio de agentes privados¹⁷². As parcerias público-privadas (em sentido amplo) passaram a ter um papel de destaque na gestão pública brasileira, que ensejou a edição de leis para dispor sobre novas figuras contratuais, bem como sobre o regime jurídico do relacionamento entre Poder Público e parceiro privado. A contratualização foi, então, uma das principais técnicas de gestão da política de Reforma do Estado para promover a eficiência à máquina administrativa, responsável por impulsionar a regulamentação de contratos com entes de colaboração do Poder Público (são exemplos as leis das organizações sociais e das sociedades civis de interesse público – Leis 9.637/98 e 9.079/99, respectivamente) e de contratos com parceiros privados para prestação de serviços públicos, como a lei de concessão comum (Lei 8.987/95) e a lei de PPP (Lei 11.079/04).

No que tange aos instrumentos consensuais, prevalece o entendimento de que a consensualidade – também designada “*consensualismo*”¹⁷³ – corresponde “*ao primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado*”¹⁷⁴. Os

¹⁷¹ A dita *fuga para o Direito Privado*, que corresponde ao recurso cada vez maior pela Administração Pública de instrumentos de direito privado para satisfação de suas competências, é exposta pormenorizadamente por Maria João ESTORNINHO. **A Fuga para o Direito Privado**, p.121 e ss

¹⁷² Cf. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**.

¹⁷³ Gustavo Henrique Justino e OLIVEIRA & Cristiane SCHWANKA, **A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**, p. 273.

¹⁷⁴ Diogo Figueiredo MOREIRA NETO, **Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro**, p. 38. A definição apresentada por Patrícia BAPTISTA também caracteriza a consensualidade como a sobreposição de relações administrativas concertadas sobre a atuação imperativa da Administração Pública, nos seguintes termos: “*consenso quer dizer acordo, concordância de opiniões, harmonização. Por Administração consensual, assim, entende-se aquela que vai pautar a sua atuação na busca do consenso e da harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcavam o Direito Administrativo clássico*”. **Transformações do Direito Administrativo**, 272. Nesse

textos pesquisados se apóiam recorrentemente na contraposição administração consensual – administração imperativa para delimitar o conceito de consensualidade, o que enfatiza o caráter do instituto como técnica de gestão alternativa à atuação administrativa típica.

Em sentido amplo, a consensualidade abrangeria *contratos e instrumentos de concertação administrativa* (os acordos administrativos).

Embora a corrente majoritária integre contratos e acordos na noção de consensualidade, é notável o esforço de significativa parcela dos administrativistas em diferenciar acordos, mecanismos de concertação, de contratos administrativos. Afinal, os acordos celebrados pela Administração Pública seriam espécie de contrato administrativo? Em que medida a consensualidade se diferencia da contratualização? Ao fundo está a questão da natureza jurídica dos instrumentos consensuais.

Diogo Figueiredo MOREIRA NETO, por exemplo, defende a tese de que a consensualidade se materializa no gênero pacto ao lado dos contratos administrativos, porém, enquanto as prestações são recíprocas nos contratos administrativos (interesses distintos), as prestações nos acordos administrativos são integrativas, pois matizadas por interesses comuns¹⁷⁵. Patrícia BAPTISTA, por sua vez, entende a consensualidade como “*manifestação do fenômeno participatório da Administração Pública*”¹⁷⁶, compreendendo, assim, a consensualidade no âmbito da participação administrativa. Em uma vertente eminentemente pragmática, Adilson Abreu DALLARI concebe a consensualidade como técnica de gestão administrativa, voltada a superar determinados gargalos que a forma mais tradicional de administrar incorre¹⁷⁷. Outro posicionamento é exposto por Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA, para quem a consensualidade abrange o contrato administrativo, mas vai além para também integrar outras técnicas de gestão negociais¹⁷⁸.

sentido, ainda, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA apresenta sua definição de consensualidade nos termos das já explicitadas: “*entende-se como formas de expressão da Administração Consensual o modo de atuação dos órgãos e entidades administrativas a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que normalmente poderiam ser alcançados por meio da ação impositiva e unilateral da Administração Pública*”. **O Contrato de Gestão a Administração Pública Brasileira**, p. 281.

¹⁷⁵ **Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro**, p. 41 e ss.

¹⁷⁶ **Transformações do Direito Administrativo**, p. 271.

¹⁷⁷ **Acordo para Recebimento de Crédito Perante a Fazenda Pública**, p. 23 e ss.

¹⁷⁸ “*Assim sendo, parece ser pertinente apontar a existência de um módulo consensual da Administração Pública, como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não-vinculantes, tais como protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios, os consórcios públicos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre diversas outras figuras de base consensual passíveis de*

Para alguns autores, ainda, o contrato administrativo e consensualidade convergem, sendo o contrato celebrado pela Administração Pública efetivamente um instrumento consensual¹⁷⁹.

Com relação à listagem dos instrumentos consensuais, esta varia conforme a leitura da consensualidade. Concebida como qualquer forma de acordo de vontades envolvendo a Administração Pública, abrange: (i) contratos intragovernamentais; (ii) contratos administrativos para prestação de serviço público ou social; (iii) acordos mediados; e (iv) ajustes de conduta.

Os *contratos intragovernamentais* são caracterizados pelos ajustes celebrados exclusivamente por partes estatais, isto é, a Administração Pública, seus entes com personalidade jurídica e órgãos administrativos. Destaca-se nessa ordem de mecanismos o contrato de gestão (art. 37, §8º, CF)¹⁸⁰, recorrentemente trazido como exemplo nos estudos sobre a consensualidade no Direito Administrativo. Ainda, os contratos de gestão federativa associada estabelecidos na Lei 11.107/05 – consórcios públicos, contratos de programa e contratos de rateio – são indicados como manifestação da contratualização na Administração Pública, assim como os convênios¹⁸¹.

No que tange aos *contratos administrativos para prestação de serviço público*, são referidos os contratos de concessão comum (Lei 8.987/95) e os contratos de parceria público-privada (Lei 11.079/04). Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA e Cristiane SCHWANKA mencionam o acordo para execução de contratos administrativos previsto nas Leis 8.666/93 e 11.107/05 como um tipo de instrumento consensual ao lado dos

serem empregadas pela Administração Pública brasileira na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins”. **O Contrato de Gestão a Administração Pública Brasileira**, p. 285.

¹⁷⁹ Esse é o posicionamento de Nelson de Freitas PORFIRIO JR., **Acordos Ambientais**, p. 47. Cf. também Rodrigo FERNANDES, **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**, p. 82-83.

¹⁸⁰ Art. 37, §8º, CF. “A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal”.

¹⁸¹ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aparta os mencionados instrumentos em duas categorias. Para o autor, no rol da (i) execução associada não-contratual por coordenação estariam abrangidos os convênios, os acordos de programa, as *joint ventures* públicas e as conferências de serviços. No campo dos (ii) vínculos não-contratuais por colaboração estão os convênios, os acordos de programa as *joint ventures*. **Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro**, p. 49.

contratos de concessão indicados¹⁸². Também são inseridos no âmbito da consensualidade os contratos de parceria com entes de colaboração, como o contrato de gestão celebrado com as organizações sociais (Lei 9.637/98) e os termos de parceria (Lei 9.790/99) no caso de a relação de parceria se estabelecer com as sociedades civis de interesse público¹⁸³. Outros instrumentos contratuais relacionados às atividades de fomento, regulação e intervenção do Estado na economia são apresentados por Floriano de Azevedo MARQUES NETO, como os contratos de parceria previstos na lei de inovação tecnológica (Lei 10.973/04), os acordos regulatórios e os contratos de *joint ventures*¹⁸⁴.

Quando projetada na solução de *conflitos administrativos*, a consensualidade enseja a previsão de determinados instrumentos para dirimi-los de forma negociada, sem a necessidade de manejo da autoridade estatal para decidir unilateralmente. Quanto à Administração Pública diretamente interessada no conflito, figurando como parte ao lado do administrado, apresenta-se a mediação, a conciliação e arbitragem como mecanismos consensuais. Porém, a Administração Pública pode figurar como o ente competente para dirimir conflitos envolvendo administrados no âmbito do processo administrativo (geralmente regulados, como no caso de concessionária e usuário de serviço público)¹⁸⁵. Também nesta hipótese de mediação ativa dos conflitos pela Administração Pública estar-se-ia diante da consensualidade, formalizada na conciliação ou mediação entre os administrados promovida pela própria Administração.

Um indicativo da ampla compreensão da consensualidade como acordo de vontades consiste na referência do *ajuste de conduta* como instrumento consensual, tanto na esfera

¹⁸² **A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação**, p. 284.

¹⁸³ Além dos instrumentos relacionados, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO indica as seguintes modalidades contratuais: concessão de uso de bem público, permissão de serviço público, arrendamento portuário, arrendamento operacional, franquia pública, gerenciamento privado de entidade pública, venda de bilheteria e contrato de risco. **Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro**, p. 46 e ss.

¹⁸⁴ “Na função de fomento, também são inumeráveis as modalidades de contratos aptos a incrementar a atividade dos particulares, como nos dão notícias os contratos de incentivo, os contratos de inovação, os consórcios de desenvolvimento de pesquisas ou os contratos de condomínio em parques ou clusters tecnológicos. Na atividade de regulação, temos além dos compromissos de desempenho e dos acordos regulatórios, as contratações híbridas e os modelos contratuais de regulação positiva, em que o regulado obtém acessos a mercados mediante o atendimento de metas de atendimento a grupos de usuários social ou geograficamente desatendidos. Por fim, na função de intervenção na economia, há ainda mais campo para o desenvolvimento destes arranjos, mediante contratos de *joint ventures*, consórcios empresariais, ou mesmo parcerias institucionais em que o poder público participa como minoritário de uma sociedade, no âmbito da qual pactua mediante acordo de acionistas (que não deixa de ser uma espécie de contrato, vale dizer) garantias de governança e mecanismos de proteção de seu investimento”. **Do Contrato Administrativo à Administração Contratual**, p. 76.

¹⁸⁵ Cf. item 3.4.

administrativa, quanto na esfera judicial. Dessa forma, os termos de ajustamento de conduta e os termos de compromisso para substituição de sanção são alguns dos exemplos na seara administrativa colecionados. O termo de ajuste de conduta (TAC) celebrado pela Administração em ação civil pública (art. 5º, §6º, Lei 7.347/85)¹⁸⁶ consiste em outro instrumento consensual bastante lembrado, ao lado da desapropriação amigável (Decreto-Lei 3.365/41)¹⁸⁷. Adilson Abreu DALLARI indica ser o acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública formalizado em TAC um eficaz instrumento consensual para superação da questão dos precatórios¹⁸⁸.

Uma segunda linha de compreensão da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro se apóia no critério da *participação administrativa* na medida em que a consensualidade corresponderia a qualquer forma de ingerência privada na Administração Pública, ainda que não vinculante¹⁸⁹. Dessa forma, a consensualidade estaria intrinsecamente relacionada à participação administrativa, razão pela qual seus principais instrumentos seriam, além dos já referidos, aqueles outros próprios da participação administrativa, a audiência e a consulta pública¹⁹⁰.

A descrição das linhas de entendimento sobre a consensualidade no plano do Direito Administrativo nacional, que necessariamente remete à consideração de seus instrumentos jurídicos de efetivação, aponta para a *imprecisão teórica* no tema, o que é demonstrada pela disparidade de tratamento conceitual a respeito da atuação administrativa consensual, bem como de seus instrumentos.

No entanto, o elemento nuclear que termina por aproxima todas as análises sobre a consensualidade no Direito Administrativo brasileiro corresponde à *desautorização* da Administração Pública, que paulatinamente se abre ao emprego de técnicas negociadas

¹⁸⁶ Art. 5º, §6º, Lei 7.347/85. “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”.

¹⁸⁷ Art. 22, Decreto-Lei 3.365/41. “Havendo concordância sobre o preço, o juiz o homologará por sentença no despacho saneador”.

¹⁸⁸ **Acordo para Recebimento de Crédito Perante a Fazenda Pública**, p. 25.

¹⁸⁹ Cf. Patrícia BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, p. 272. Nesse sentido também Lúcia Vale FIGUEIREDO, **Instrumentos da Administração Consensual. A audiência pública e sua finalidade**, p. 383 e ss.

¹⁹⁰ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO indica como mecanismos de consenso coadjuvante da decisão administrativa a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública e a assessoria externa. Quanto ao consenso determinante na formação da vontade administrativa, o autor indica o plebiscito, o referendo, a audiência pública, a cogestão e as delegações atípicas. **Acordo para Recebimento de Crédito Perante a Fazenda Pública**, p. 48 e ss.

para atingir as finalidades públicas. Invariavelmente, os textos pesquisados informam o momento de transição de um modelo autoritário de Administração para um novo estágio matizado pelo consenso, no qual a Administração se colocaria em um posicionamento mais horizontalizado, seja para recolher informações previamente à tomada de alguma decisão unilateral, seja para celebrar acordos que a vinculem à solução negociada. Como consequência, é comum a exposição por esses autores do modelo de atuação administrativa unilateral, ou autoritária, assim como de uma nova ordem de relacionamento entre Administração e administrado, marcada pelo influxo da autoridade¹⁹¹.

Persiste a exposta abordagem da consensualidade na doutrina, mas começam a ser publicados textos que se voltam à análise do regime jurídico de específicos instrumentos consensuais. Estes estudos buscam dar conta de problemas colocados na aplicação prática de algum específico instrumento consensual, de forma que, pela análise jurídica da dinâmica destes mecanismos, sejam destrinchados elementos de otimização do emprego dos mesmos. Como exemplos de estudos deste jaez, são mencionados o artigo “*Aspectos Jurídicos do Exercício do Poder de Sanção por Órgão Regulador do Setor de Energia Elétrica*”, de Floriano de Azevedo MARQUES NETO, que centra a análise em torno do termo de compromisso nos processos sancionadores da ANEEL, e o artigo “*O Devido Processo Administrativo na Execução de Termo de Ajustamento de Conduta*”, de Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho Arruda CÂMARA, que se investe a analisar as contingências jurídicas da execução do instrumento consensual TAC. Inaugura-se, assim, uma nova fase no tratamento doutrinário do tema da consensualidade, bastante positivo, pois demonstra que há a prática da consensualidade no cotidiano do Direito Administrativo brasileiro.

¹⁹¹ “(...) a instrumentalização do Direito Administrativo Econômico às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial consensualização; no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades (‘efeitos colaterais’) negativas, ‘com a consequência da transformação de elementos basais da arquitetura estabelecida do Direito Administrativo e a necessidade, portanto, de uma verdadeira mudança na sua construção dogmática’, que deve passar a incluir os acordos com os administrados entre as fontes do Direito Administrativo”. Alexandre Santos ARAGÃO, **A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**, p. 157.

2.2. Pressupostos teóricos da consensualidade

2.2.1. Eficiência administrativa e instrumentalização da consensualidade

Há na teoria do Direito Administrativo brasileiro um recente debate em torno do princípio da eficiência ensejado pela sua constitucionalização por meio da Emenda Constitucional 19/98 no *caput* do art. 37 da Constituição Federal¹⁹² ao lado de outros preceitos estruturantes do Direito Administrativo, do qual é exemplo a legalidade. Verifica-se a partir da segunda metade da década de 1990 a proliferação de estudos constitucionais e administrativos sobre a eficiência voltados à identificação do significado jurídico deste princípio, à análise de sua aplicabilidade e de seus efeitos sobre tradicionais institutos administrativos – especialmente sobre o ato e o processo administrativo –, bem como ao seu impacto sobre a racionalidade das decisões tomadas pela Administração Pública.

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

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

¹⁹² Art. 37, *caput*, Constituição Federal. “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*”.

De acordo com a primeira interpretação conferida ao princípio da eficiência, este estaria compreendido no dever de “*boa administração*” que a Administração Pública deve obrigatoriamente se orientar¹⁹³. Assim, a eficiência não seria uma inovação e sua constitucionalização no art. 37, *caput*, da Constituição Federal não geraria qualquer diretriz de gestão pública à Administração, pois destituído de valor metodológico enquanto mero desdobramento do dever de “*boa administração*” que sempre orientou o Poder Público. Conforme se verifica, esta corrente minimiza a funcionalidade da eficiência¹⁹⁴.

O entendimento da eficiência como *comando de otimização das decisões administrativas* corresponde ao conceito mais difundido no Direito Administrativo brasileiro¹⁹⁵. Segundo essa orientação, a eficiência administrativa força o incremento da qualidade da decisão tomada pela Administração Pública, fazendo-a mais consentânea ao interesse público que visa tutelar. Além da decisão administrativa propriamente dita, o princípio da eficiência, nos termos desta proposição, incidiria também sobre o exercício da competência administrativa pela Administração ao requisitar a presença de elementos potencializadores de um procedimento mais célere e técnico, por exemplo¹⁹⁶.

Por fim, a última vertente do princípio da eficiência verificada nos textos acadêmicos aproxima a eficiência a uma obrigação de meio, pois considera a eficiência como o *dever de escolha do meio mais adequado* para determinar decisões eficientes ao caso concreto¹⁹⁷. Segundo essa perspectiva, a eficiência seria dotada de valor metodológico correspondente ao condicionamento das decisões administrativas à prévia ponderação dos meios à disposição da Administração Pública para satisfazer uma determinada finalidade

¹⁹³ Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 122.

¹⁹⁴ Ao discorrer sobre o princípio da eficiência, Lúcia Valle FIGUEIREDO assim aduz: “*ao que nos parece, pretendeu o ‘legislador’ da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria agir com eficácia. Todavia, que podemos afirmar é que sempre a Administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores*”. A autora indica, porém, que a positivação do princípio da eficiência determina um controle mais amplo da Administração Pública, abarcando também o controle da eficácia dos atos administrativos. **Curso de Direito Administrativo**, p. 64-65.

¹⁹⁵ Cf. Odete MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, p. 128; Hely Lopes MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 96-97; Diógenes GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 21-22.

¹⁹⁶ A passagem a seguir de Odete MEDAUAR exemplifica o exposto: “*o vocábulo eficiência liga-se à idéia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; significa obter o máximo de resultado de um programa a ser realizado, como expressão de produtividade no exercício de atribuições. Eficiência opõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão. Como princípio da Administração Pública, determina que esta deva agir de modo ágil e preciso, para produzir resultados que atendam às necessidades da população*”. **O Direito Administrativo em Evolução**, p. 242.

¹⁹⁷ Ao analisar essa terceira corrente interpretativa do princípio da eficiência, Mateus Piva ADAMI indica ser a diferença entre esta e a anterior, respectivamente denominadas de “*faceta da eficácia administrativa*” e “*faceta da economicidade*” pelo autor, o parâmetro de comparação. Enquanto na primeira o parâmetro de comparação é o resultado ideal, nesta os meios são comparados. **A Discricionariedade Administrativa em Face do Princípio da Eficiência**, p. 24.

de interesse público. A escolha do meio tanto incide sobre a seleção do instrumento jurídico a ser adotado para satisfação das competências administrativas quanto sobre a conformação do instrumento elegido, especialmente sua intensidade. Dessa forma, a decisão eficiente seria aquela cujos meios se mostrem os mais adequados, ou simplesmente adequados¹⁹⁸, para a promoção de uma determinada finalidade.

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

Diante do dado econômico de que os recursos são escassos, o *critério utilitarista* anunciado leva em consideração o cenário de escassez para estabelecer como decisão eficiente a que conferisse melhor proveito dos recursos escassos, ou seja, mediante a análise de custo-benefício, a decisão eficiente corresponderia àquela que conseguisse maximizar os benefícios com os menores custos¹⁹⁹. Esse raciocínio é caro ao Direito Administrativo na medida em que a Administração Pública lida imediatamente com recursos públicos escassos, sendo muitas vezes compelida a tomar decisões difíceis envolvendo a alocação eficiente de recursos em uma ou outra política pública.

A *proporcionalidade* corresponde a outro critério bastante recorrente para determinar o meio mais adequado à decisão eficiente. Humberto ÁVILA se apóia nos subprincípios adequação e proporcionalidade em sentido estrito do princípio da proporcionalidade para determinar o modo de a Administração Pública satisfazer seus fins de forma eficiente²⁰⁰. Para o autor, a eficiência não coloca à Administração Pública o dever

¹⁹⁸ Humberto ÁVILA, **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**, p. 5.

¹⁹⁹ Essa é a linha perfilhada por Marçal JUSTEN FILHO que, todavia, prefere se referir ao princípio da eficiência como princípio da eficácia administrativa para, assim, evitar a indevida confusão entre eficiência administrativa e eficiência econômica. Segundo o administrativista, “a *eficácia administrativa* significa que os fins buscados pela Administração devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível, o que não é sinônimo de obtenção de lucro”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 120. Cf., ainda, Alexandre Santos de ARAGÃO, **O Princípio da Eficiência**, para quem “[a] *eficiência* não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”. p. 1.

²⁰⁰ Além da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade é composto pelo postulado da necessidade de acordo com a teoria proposta por ALEXEY, adotada por Humberto ÁVILA. Para avaliar a adequação, que significa a exigência de relação empírica entre meio e fim, o autor propõe a consideração de aspectos quantitativos, qualitativos e probabilísticos: “[e]m termos

de adotar a “*decisão ótima*” ao caso concreto, o que tanto seria inócuo ante a inviabilidade prática de precisar o meio mais intenso, melhor e seguro entre todas as opções quanto poderia tolher a prerrogativa de avaliação do Legislativo ou, ainda, desconsiderar os demais argumentos que poderiam justificar a escolha de um meio excluído por não ser tão intenso, melhor ou seguro. Assim, “*a Administração Pública deverá escolher um meio que promova minimamente o fim, mesmo que não seja o mais intenso, o melhor nem o mais seguro*”²⁰¹. Dessa forma, a decisão eficiente segundo o critério de proporcionalidade proposto por Humberto ÁVILA consiste na escolha do meio adequado que atenda à “*exigência mínima de promoção dos fins*” em termos quantitativos, qualitativos ou probabilísticos. De acordo com essa perspectiva de análise, a eficiência administrativa não se encerra na análise dos meios, embora esta seja uma etapa imprescindível à ponderação, mas considera em igual medida o efeito concreto da decisão tida por eficiente.

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

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

quantitativos, um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio. Em termos qualitativos, um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio. E em termos probabilísticos, um meio pode promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio”. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**, p. 22.

²⁰¹ *Idem*, p. 23.

Dentre os debates na teoria do Direito, é de se apontar a análise funcional do Direito proposta por Norberto BOBBIO. Em 1971 o autor publicou o artigo “*Verso una teoria funzionalistica del diritto*” no qual demonstrou a tendência de análise do Direito sobre o ponto de vista funcional em detrimento do ponto de vista estrutural, então prevalecente. Essa idéia inicial foi destrinchada no livro *Da Estrutura à Função*²⁰² a partir da crítica à concepção funcionalista do direito formulada por Kelsen.

A guinada de BOBBIO está em identificar no Direito não apenas um papel repressivo, mas também promocional, na medida em que as normas jurídicas podem fomentar a adoção de determinados comportamentos. Tanto a função repressiva exercida por meio da sanção quanto a função promocional pode condicionar o comportamento dos destinatários de ambos os comandos estatais²⁰³. Duas consequências importantes decorrem dessa concepção do Direito, quais sejam, implosão da construção binária das relações jurídicas traduzida na relação proibido – permitido e reconhecimento do caráter instrumental do Direito, isto é, de suas normas e institutos jurídicos, pois funcionalizados. BOBBIO propõe, assim, uma *teoria funcional do Direito* estruturado na consideração do Direito como um instrumento para alcançar determinadas finalidades²⁰⁴.

Importante asseverar que a consideração do Direito Administrativo como funcional somente é possível pelos elementos conferidos pelo pensamento legal funcional, ainda que este não seja expressamente invocado. Notar um instituto como instrumental significa antes reconhecer que o seu emprego gera necessariamente efeitos de diferentes ordens, efeitos esses cambiantes conforme o contexto no qual o instituto se insere. Ainda, predica compreendê-lo como um mecanismo de promoção de finalidades públicas, de forma que o formalismo cede para a funcionalidade do sistema com o deslocamento do foco de atenção da estrutura para a função, ensejando figuras atípicas substitutivas ou complementares ao instituto.

²⁰² Traduzida e publicada no Brasil em 2007, a obra **Da Estrutura à Função** é resultado da coleção de vários estudos de Norberto BOBBIO.

²⁰³ “*A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais freqüente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional*”. Norberto BOBBIO, **Da Estrutura à Função**, p. 13.

²⁰⁴ “*O que distingue essa teoria funcional do direito de outras é que ela expressa uma concepção meramente instrumental do direito. A função do direito na sociedade não é mas servir a um determinado fim (aonde a abordagem funcionalista do direito resume-se, em geral, a individualizar qual é o fim específico do direito), mas a de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins*”. *Idem*, p. 57.

Por muito tempo o entendimento da atuação administrativa se resumia à máxima “*administrar é aplicar a lei de ofício*”²⁰⁵. O tradicional brocardo bem sintetiza a concepção de uma Administração simplesmente reprodutora da vontade do Parlamento, nos termos da legalidade formal. No entanto, constata-se a tendência de não limitar a função administrativa à mera realização concreta da prescrição normativa, i.e., não limitar a função administrativa a seu aspecto estrutural, mas a condicionar à satisfação concreta de finalidades públicas. Nessa medida, os efeitos práticos da atuação administrativa importam ao Direito Administrativo funcionalizado, ditado pela legalidade material, eminentemente finalística²⁰⁶. A função do Direito Administrativo cada vez mais corresponde à prestação eficaz das competências administrativas por meio de instrumentos jurídicos adequados e com resultados concretos satisfatórios ao desenvolvimento econômico-social²⁰⁷.

Instrumentalização e funcionalização do Direito Administrativo ensejam a abertura à consensualidade na medida em que, conforme o critério racional que se adote para delimitar o conteúdo de “*decisão eficiente*”, os acordos celebrados entre Administração Pública e administrado podem ser uma possível opção de escolha, admitindo ponderações de eficiência no caso concreto juntamente com o ato administrativo imperativo e unilateral²⁰⁸. De semelhante forma, a decisão unilateral da Administração pode ser mais eficiente mediante prévia celebração de acordos administrativos para conformá-la no caso dos acordos integrativos.

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

²⁰⁵ Seabra FAGUNDES, **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 180.

²⁰⁶ Cf. Alexandre Santos de ARAGÃO, **O Princípio da Eficiência**, p. 4.

²⁰⁷ Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “[c]omo o Estado tem como razão de existir e como missão constitucional servir à proteção e à realização dos direitos fundamentais, é evidente que a teoria funcional do Direito Público se volta à obtenção de resultados que efetivamente e não apenas intencional ou retoricamente satisfaçam a essa vocação”. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**, p. 111.

²⁰⁸ “[A] instrumentalização do Direito Administrativo Econômico às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial consensualização; no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adota unilateral e coercitivamente (...)”. Alexandre dos Santos ARAGÃO, **A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**, p. 157.

demora da tramitação do processo administrativo ou a baixa execução das multas aplicadas pela autoridade administrativa.

No âmbito da teoria do Direito Administrativo, nota-se o esforço de artigos acadêmicos em afirmar a consensualidade pelo elenco dos diversos efeitos positivos que podem advir da celebração de acordos administrativos. O “*elogio ao consenso*” é vasto e denota a preocupação desses autores em legitimar o recurso a esquemas não imperativos para cumprimento das competências administrativas pela perspectiva da eficiência. Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO,

“É inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa par a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a menção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e concedente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos (ordem)”²⁰⁹”.

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

Já foi explicado que a interpretação da eficiência administrativa como dever de escolha do meio mais adequado para determinar decisões ótimas ao caso concreto possui dois grandes critérios em pauta, o utilitarismo e a proporcionalidade. Projetada nessa

²⁰⁹ **Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso Brasileiro**, p. 43.

proposta de análise, a consensualidade inaugura um terceiro critério de determinação da decisão administrativa eficiente: a escolha do meio pelos *efeitos*²¹⁰.

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

O exemplo da prerrogativa sancionatória é bastante esclarecedor do exposto.

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

Importante asseverar que sanção administrativa e acordo administrativo são ambos instrumentos de ação administrativa, fungíveis²¹¹ e com efeitos específicos que podem ser

²¹⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo, **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**, p. 312.

²¹¹ A fungibilidade entre a atuação administrativa típica e mecanismos consensuais se procede nos termos da legalidade. Cf. item 5.2.

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

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

2.2.2. Participação deliberativa: tomada de decisão administrativa por acordos

Por se formalizar em acordos com os particulares, a consensualidade na Administração Pública remete imediatamente ao tema da participação administrativa. De fato, a participação administrativa consiste em um dos pressupostos mais evidentes da atuação administrativa concertada na medida em que a celebração dos acordos se procede pelo acordo de vontades após negociação de prerrogativas públicas entre Administração e administrado para compor o ato consensual terminativo ou integrativo do processo administrativo²¹².

O significativo interesse pelo estudo do entrosamento do administrado no exercício das funções administrativas parece decorrer diretamente do exposto dado prático de

²¹² Segundo Odete MEDAUAR, “a participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; **propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos**; liga-se também às práticas contratuais baseadas no **consenso**, na negociação, na conciliação de interesses” (grifei). **O Direito Administrativo em Evolução**, p. 230.

crescente aproximação dos cidadãos à máquina pública, embora a categoria de pessoas com voz ativa e a qualidade das participações ainda sejam questionáveis²¹³.

O tratamento doutrinário da participação administrativa enfoca dois aspectos principais, basicamente, os estudos nacionais sobre a participação administrativa voltam-se ao reconhecimento dos *fatores* que determinam uma Administração participativa e, nessa linha, também se propõem a catalogar os *canais de participação* hoje existentes. Ademais, é de se apontar a especificação do termo “*participação administrativa*” para “*participação popular*”²¹⁴ ou “*participação social*”²¹⁵ quando diante das novas técnicas de participação do administrado na Administração Pública que não a prestação de serviços públicos e sociais.

Dentre os fatores assinalados para afirmação do tema da participação administrativa, destaca-se o *elemento democrático* na doutrina administrativista. A crise da legitimação do poder pela democracia representativa enseja a ascensão da democracia participativa, na qual os indivíduos participam na definição de políticas pelo Poder Público e, assim, tomam posicionamento ativo no governo estatal²¹⁶. Ademais, o atual estágio da cidadania, marcado pela demanda dos cidadãos em participar da esfera estatal, corroboraria para a sedimentação da democracia participativa com impacto direto na abertura da Administração Pública à participação popular²¹⁷.

Um exemplo dessa abordagem se encontra no artigo *Participação Popular na Administração Pública*, de autoria de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, recorrentemente citado nos estudos sobre o tema. A administrativista reparte três momentos da Administração Pública de acordo com o tipo de Estado no qual se inserisse para identificar as respectivas formas de participação administrativa. No Estado Liberal de Direito, a participação do administrado na máquina pública se daria mediante contratos de delegação para prestação de serviços públicos; no Estado Social de Direito, haveria a colaboração do ente privado com o Poder Público no desenvolvimento de atividades paraestatais (serviços

²¹³ Cf. Paulo Todescan Lessa MATTOS, *O Novo Estado Regulador no Brasil. Eficiência e Legitimidade*.

²¹⁴ Cf. Maria Sylvia Zanella Di PIETRO, *Participação Popular na Administração Pública*.

²¹⁵ Cf. Rogério Gesta LEAL, *Esfera Pública e Participação Social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão de interesses públicos no Brasil*.

²¹⁶ Cf. Patrícia BAPTISTA, *Transformações do Direito Administrativo*, p. 127.

²¹⁷ Sobre o influxo da cidadania na participação administrativa, Gustavo Justino de OLIVEIRA assim expõe: “*eis a figura do cidadão que manifesta a sua vontade em fazer parte de procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus, não somente de natureza individual, mas de ordem coletiva ou difusa*”. *Participação Administrativa*, p. 9.

sociais), enquanto a participação administrativa o Estado Democrático de Direito se manifestaria pela “*atuação particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública*”²¹⁸. Somente com a presença do componente democrático haveria, então, a participação mais efetiva do administrado – a *participação popular*²¹⁹ – ora de forma direta, com o exercício do direito de defesa e da enquete, ora de forma indireta, mediante a participação popular em órgãos de consulta ou de decisão, por meio do *ombudsman* ou, ainda, por via do Poder Judiciário.

No que tange aos *mecanismos de participação administrativa*, segundo enfoque dado pela doutrina de direito administrativo ao tema da participação administrativa, as audiências públicas e as consultas públicas são amplamente consideradas como instrumentos de participação popular. Contudo, recentes estudos procuram listar tais mecanismos presentes do regime jurídico-administrativo a partir da interpretação de preceitos constitucionais²²⁰ e de minucioso trabalho com diplomas normativos diversos. Paulo MODESTO, por exemplo, aponta os seguintes instrumentos de participação popular: consulta pública, audiência pública, colegiados públicos, assessoria externa, denúncia pública, reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos, colaboração executiva, *ombudsman*, controle social mediante ações judiciais e fiscalização orgânica²²¹.

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

No caso específico da participação administrativa, um outro aspecto determina a análise do tema pelos elementos fundamento – mecanismos, qual seja, a tentativa de afirmar o caráter participativo da Administração em oposição ao viés autoritário que

²¹⁸ **Participação Popular na Administração Pública**, p. 32.

²¹⁹ “A expressão ‘participação popular’ parece a mais oportuna, no momento presente, por ser inerente ao princípio democrático em que se inspira o Estado de Direito sob a fórmula adotada a partir do preâmbulo da Constituição de 1988: Estado Democrático de Direito”. *Idem*, p. 26.

²²⁰ São preceitos constitucionais mencionados nos artigos consultados: preâmbulo, art. 5º, incs. XIV, XXXIII, XXXV, XXXIV, a, LIV, LV, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXVII, art. 10, art. 37, §3º, art. 58, inc. II, art. 74, §2º, art. 132, art. 198, III, art. 204, II, e art. 216, §1º.

²²¹ **Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização**, p. 7.

marcou o estágio inicial de construção teórica do Direito Administrativo, estruturada e direcionada ao manejo do poder de autoridade estatal. Pela afirmação da democracia participativa e, principalmente, pela demonstração dos diversos canais de participação que o administrado pode-se valer para se aproximar do exercício das funções públicas, pretende-se enfatizar o dever de a Administração se abrir à participação administrativa e, nessa medida, fomentar o exercício do direito participativo pelos administrados.

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

Como instrumento de participação administrativa, a prática da participação popular nos processos deliberativos da Administração Pública se reveste de determinadas características – por vezes lidas como problemas – que colocam em questionamento a funcionalidade originalmente concebida para o instituto. Primeiramente, inexistente previsão legal que obrigue a Administração Pública a abrir o processo à participação popular. Embora determinados setores regulamentem em normas próprias as situações em que as Agências Reguladoras devem realizar audiências e consultas públicas²²², a regra é a discricionariedade para abertura do processo, conferindo a lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/99) critérios vagos para orientação da escolha, como os conceitos jurídicos indeterminados “*interesse geral*”²²³, “*relevância da questão*”²²⁴ ou “*matéria relevante*”²²⁵. Ademais, se por um lado a participação popular envolve diversas categorias de interessados na decisão administrativa – como organizações não

²²² É farto no campo regulatório os exemplos de audiência e consulta pública. Mencione-se, além das Agências Reguladoras, o art. 39 da Lei 8.666/93 – que faculta a realização de audiência pública caso o valor estimado da licitação for superior a cinco vezes o limite estabelecido no art. 23, inc. I, c – e a Lei 11.079/04, cujo art. 10, inc. VI, condiciona a abertura da licitação para contratação de PPP à submissão do edital e da minuta do contrato à consulta pública.

²²³ Lei 9.784/99, art. 31, *caput*. “*Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada*”.

²²⁴ Lei 9.784/99, 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*”.

²²⁵ Lei 9.784/99, 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*”.

governamentais e associações representativas de interesses difusos –, por outro é marcante o predomínio da participação de empresas diretamente interessadas na decisão. Outra característica da participação popular na Administração consiste na disponibilização de texto (normativo) já no formato de redação final, e não como um texto em construção, com preceitos normativos incompletos ou com duas ou mais redações para um mesmo preceito. Como resultado, a resistência à modificação do texto pela Administração Pública é maior, pois o texto em análise popular já fora objeto de debates e estudos interiores, restringindo às alterações a aspectos pontuais do regulamento. Por fim, questiona-se a efetividade dos mecanismos de participação popular, especialmente a audiência pública.

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

Este tipo de participação administrativa – a *participação deliberativa* – não se confunde com os mecanismos processuais de participação do administrado na tomada de decisão pela Administração²²⁶ a exemplo da audiência pública e da consulta pública, embora guarde relevantes semelhanças. Ambas as formas de participação se procedem no âmbito do processo administrativo e tendem não apenas à legitimação do exercício do poder de autoridade estatal pela Administração, mas a fornecer subsídios fáticos e técnicos, como a demonstração dos interesses e preocupações das partes interessadas nos efeitos da decisão, que auxiliam na construção do amplo panorama no qual a decisão administrativa será tomada. Nessa medida, a decisão administrativa tende a ser mais efetiva se comparada com aquela que tomada sem a participação popular em canais participativos promovidos durante o processo administrativo. Difere a participação deliberativa da meramente

²²⁶ Adota-se a classificação proposta por Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA sobre os momentos da participação procedimental, quais sejam, a participação na fase instrutória, a participação na fase decisória e a participação na fase de execução e de implementação da decisão administrativa. **Participação Administrativa**, p. 16.

processual quanto ao momento de participação (nos atos deliberativos) e ao administrado legitimado a intervir no processo (parte do processo administrativo)²²⁷, pois corresponde à participação efetiva do administrado diretamente interessado no conteúdo da decisão, que passa ser construída conjuntamente com a Administração Pública.

No caso das *parcerias público-privadas em sentido amplo*²²⁸, as leis editadas posteriormente à Reforma do Estado se estruturaram em torno da compreensão do parceiro privado como um ente de ativa participação no delineamento de forma de prestação de serviços públicos e sociais. Basicamente, os parceiros privados nos contratos de PPP, nos contratos de gestão e nos termos de compromisso, por exemplo, modelam a forma de execução do objeto contratual de acordo com a expertise que possuem e o cenário no qual o serviço será prestado, mediante a definição dos projetos executivos e das correspondentes metas. A maior autonomia conferida pela legislação de PPP em sentido amplo relaciona-se à assunção de responsabilidades pelo parceiro privado antes restritas à Administração Pública, que implica no reconhecimento de sua efetiva participação na construção da decisão administrativa. Nessa medida, o tipo de controle é predominantemente por resultados²²⁹.

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

Seguindo o contexto de aproximação do administrado na construção da decisão administrativa, também no âmbito do processo administrativo deliberativo, quer seja

²²⁷ Cf. itens 2.4.2.1.

²²⁸ Carlos Ari SUNDFELD, **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**, p. 18-19. Segundo o autor, a noção abrange diversos esquemas contratuais delineados com a Reforma do Estado nos anos 90, como aqueles previstos na Lei 8.987/95 (lei de concessões), Lei 9.637/98 (leis das organizações sociais – OS), Lei 9.790/99 (lei das organizações das sociedades civis de interesse público – OSCIP) e legislação setorial. *Idem*, *ibidem*.

²²⁹ Cf. Maurício Portugal RIBEIRO & Lucas Navarro PRADO, **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Fundamentos econômico-jurídicos**, p. 35.

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

A atuação administrativa típica, identificada pela formalização em atos administrativos imperativos e unilaterais, é relativizada pela participação popular no momento deliberativo, que confere ao administrado a possibilidade de construir conjuntamente com a Administração Pública o ato final cujo conteúdo lhe interessa imediatamente. Isso significa dizer que o administrado participa na tomada de decisão administrativa, transacionando o conteúdo do ato então *bilateral*. Para tanto, verifica-se a *negociação* do exercício da função administrativa: em uma dinâmica dialética, Administração e administrado apresentam proposta(s) e/ou contraproposta(s) de ato administrativo, com deliberação acerca dos elementos objeto, motivação e forma do ato para satisfação das finalidades públicas. O ato bilateral resulta do acordo travado entre Administração e administrado após a negociação do respectivo conteúdo²³⁰.

Fica claro, portanto, o intrínseco relacionamento entre participação administrativa e consensualidade, razão que explica o recorrentemente tratamento do tema da consensualidade no contexto da participação administrativa. Diogo Figueiredo MOREIRA NETO, por exemplo, considera a participação como o ponto de convergência entre a abertura do processo administrativo e o desenvolvimento de instrumentos de atuação consensual²³¹. Lúcia Valle FIGUEIREDO, por sua vez, apresenta a audiência e a consulta pública, ambos mecanismos de participação administrativa, como efetivos instrumentos consensuais²³². Os mencionados exemplos demonstram a aproximação teórica entre a participação do administrado na Administração Pública e a ação administrativa pela via dos acordos que se deve tanto por um motivo pragmático – a participação é um pressuposto da atuação consensual – quanto por outro teórico, pois ambas as manifestações terminam por mitigar a expressão autoritária da Administração²³³.

Como consequência, a noção de participação impacta diretamente no conceito de consensualidade que se adota: enquanto alguns autores consideram a consensualidade

²³⁰ Sobre a dinâmica de negociação da prerrogativa imperativa, cf. item 5.3.

²³¹ **Audiências Públicas**, p. 254.

²³² Cf. Lúcia Valle Figueiredo, **Instrumentos da Administração Consensual. A audiência pública e sua finalidade**, p. 383 e ss; Odete MEDAUAR, **O Direito Administrativo em Evolução**, p. 230.

²³³ Segundo Caio TÁCITO, “[o] *Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa*”, **Direito Administrativo Participativo**, p. 134.

como uma expressão da participação popular²³⁴, outros apartam os institutos. Para esta vertente doutrinária, a consensualidade consiste em uma categoria autônoma à participação, consistindo esta somente em um pressuposto da ação administrativa consensual²³⁵.

2.2.3. A atuação administrativa consensual como mecanismo de governança pública

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

Embora se reconheça a mesma preocupação para com o exercício da autoridade pela Administração Pública, é necessário indicar as diferentes abordagens de estudo ditadas em ambos os sistemas jurídicos sobre a atuação administrativa concertada. Sem importar na defesa de uma nítida fronteira entre *civil law* e *common law*, é de se notar que a maioria dos textos acadêmicos italianos e espanhóis busca analisar estruturalmente o ato administrativo consensual pela descrição de sua natureza jurídica, elementos necessários à celebração, formalização, tipos de instrumentos consensuais, formas de controle e invalidação. O Direito Administrativo norte-americano, porém, tende a trabalhar uma abordagem mais próxima à perspectiva pragmática ao enaltecer os efeitos da governança,

²³⁴ Cf. Patrícia BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, p. 179-180.

²³⁵ “De outro lado, na esfera administrativa o consenso entre Administração pública, cidadãos e sociedade civil – ou ao menos as decisões administrativas previamente negociadas – resultam do exercício do direito de participação na Administração pública”, **Participação Administrativa**, p. 5.

na qualidade de mecanismo de gestão alternativo ao esquema comum hierarquizado de atuação administrativa²³⁶.

A compreensão da inserção da governança pública como pauta de discussão teórica no Direito Administrativo passa pela contextualização desta no momento de questionamento da tradicional forma de desenvolvimento das atividades administrativas. De certa forma, os debates resultaram da sensibilização dos teóricos com o plano operacional da Administração Pública, repleto de situações de ineficiência da atuação administrativa, recolhidas principalmente nas searas ambiental e do sistema de saúde. Segundo esses autores, impasses burocráticos empiricamente demonstrados²³⁷, como a demora, o custo relacionado e a insuficiente qualidade da função pública exercida por meio de atos imperativos apontam para o esgotamento do modelo de atuação administrativa imperativa e a necessidade de serem implementadas válvulas de escape hábeis a transpor as disfuncionalidades da atuação administrativa lastreada na autoridade estatal. Nesse cenário, a governança é indicada como método colaborativo potencialmente capaz de sanear as falibilidades da atuação administrativa típica²³⁸.

Para ilustrar a forte imbricação entre teoria e prática na governança, mencione-se o primeiro artigo que descreveu o modelo de *reg-neg*, de autoria de Philip HARTER com o sugestivo título *Negotiating Regulations: A Cure for Malaise* (“Negociando Regulação: Uma Cura para a Moléstia”²³⁹). Com o propósito de superar a rigidez do processo administrativo normativo, que impediria provimentos administrativos mais céleres e eficientes, o autor sugere a negociação direta da Administração com as pessoas diretamente interessadas na regulação. Por meio dessa medida, que inaugura o *reg-neg* no Direito Administrativo, o administrado participa ativamente do desenho da decisão administrativa e, em razão de sua proximidade com a autoridade reguladora, pode

²³⁶ Se prevalecem nos textos italianos e espanhóis consultados análises diretamente conectadas às leis de processo administrativo, as quais prevêem permissivo genérico para adoção de esquemas concertados pela Administração Pública, em especial aspectos estruturais e processuais do ato consensual, o plano de estudo constatado no material consultado referente ao Direito Administrativo norte-americano mostra-se mais teórico e menos normativo, mesmo havendo o *Rulemaking Act* de 1990, lei de disciplina geral dos acordos normativos (“*regulatory-negotiation*” ou “*reg-neg*”).

²³⁷ “*Regulatory deficiencies are understood to include rigidity, monetary waste, a tendency to uniformity, and the suppression of innovation*”. p. 444. Sobre pesquisas empíricas envolvendo regulação e governance, cf. Orly LOBEL, **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, nota 557.

²³⁸ Conforme Jody FREEMAN, “[c]ollaborative governance seeks to respond to the litany of criticisms about the quality, implementability, and legitimacy of rule making by reorienting the regulatory enterprise around joint problem solving and away from controlling discretion”. **Collaborative Governance in the Administrative State**, p. 22.

²³⁹ Cf. Jody FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, p. 8-9.

contribuir significativamente para a delimitação do conteúdo da regulação com menores custos ao regulador²⁴⁰.

A crítica de Philip HARTER ao processo normativo pode ser tomada como representativa de um quadro crítico generalizado do Direito Administrativo, envolvendo o processo administrativo como um todo, considerado rígido, custoso, demorado e pouco eficiente (“*system ossified*”²⁴¹). Orly LOBEL sintetiza as deficiências práticas da regulação apontadas nos estudos empíricos envolvendo a governança: rigidez, altos gastos monetários, uniformidade e supressão de processos ou decisões inovadoras²⁴².

Outro dado de compreensão do contexto de discussão teórica da governança corresponde a seu campo de análise, restrito à regulação procedida pelas Agências Reguladoras. A delimitação ao cenário regulatório acompanha o modelo institucional de Administração Pública composto pelos referidos entes administrativos independentes, dotados de especialidade e poderes para exercício de suas competências regulatórias. Por essa razão, o debate travado no Direito Administrativo norte-americano centra-se na dualidade regulação – governança para satisfação das competências administrativas que as Agências Reguladoras têm por dever prestar²⁴³. A governança seria, portanto, um método de desenvolvimento das atividades estatais hábil a superar as disfuncionalidades que se verificam na tradicional forma de regular.

No Direito Administrativo norte-americano, onde o estudo sobre governança pública notadamente capitaneado pelas Escolas de Harvard e Stanford²⁴⁴ ganha cada vez maior projeção, remonta-se ao *New Deal* para delimitar o modelo de atuação administrativa imperativa, paradigma de análise da governança. Dentre as transformações

²⁴⁰ “*Negotiating has many advantages over the adversarial process. The parties participate directly and immediately in the decision. They share in its development and concur with it, rather than ‘participate’ by submitting information that the decisionmaker considers in reaching the decision. Frequently, those who participate in the negotiation are closer to the ultimate decisionmaking authority of the interest in an adversarial proceeding. Thus, participants in negotiations can make substantive decisions, rather than acting as experts in the decisionmaking process. In addition, negotiation can be a less expensive means of decisionmaking because it reduces the need to engage in defensive research in anticipation of arguments made by adversaries*”. **Negotiating Regulations: A Cure for Malaise**, p. 28.

²⁴¹ *Idem*, p. 32.

²⁴² **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, p. 444.

²⁴³ Importa notar que a tradicional forma de cumprimento das competências administrativas pelas Agências Reguladoras é denominada *regulação*, ou simplesmente *law*, em contraposição ao segundo modelo em discussão, correspondente à governança. No caso concreto, o Poder Público possui à sua disposição ambos os modelos de gestão pública para desenvolvimento de suas atividades estatais.

²⁴⁴ Jason SOLOMON, **Law and Governance in the 21st Century Regulation**, p. 820.

do Estado ensejadas pela crise econômica de 1929, destaca-se a alteração do papel estatal de garantidor de contratos e da propriedade privada para agente desenvolvimentista, com atribuições de formular políticas públicas e controlar de forma mais ativa o desenvolvimento das atividades privadas. Para tanto, também nesse momento foi proposto o modelo de regulação então reputado adequado para que o Estado regulador conseguisse satisfazer suas funcionalidades através das Agências Reguladoras.

No modelo de Agências Reguladoras determinado pelo *New Deal*, a regulação seria caracterizada pela centralização do pólo deliberativo na Administração Pública, pela imposição verticalizada das decisões tomadas pelos reguladores aos regulados (“*top-down regulation*”²⁴⁵) e pelo reconhecimento do regulado como um adversário. Esta última característica é o principal alvo de críticas dos autores favoráveis à governança²⁴⁶, porquanto decorrente de uma visão cultural da relação administrativa travada com o administrado que funda todo o modelo de regulação, inclusive seus outros elementos. Em decorrência da postura adversária (“*adversarial posture*”) que a Administração Pública se reveste, predomina como conteúdo dos atos regulatórios o comando hierarquizado das Agências Reguladoras e o controle por elas exercido sobre as atividades privadas dos administrados (“*command-control*”).

Trata-se do paradigma de exercício das competências administrativas prevalecente no Direito Administrativo que passa a ser objeto de intenso questionamento quando contrastado com o modelo de regulação ditado pela governança: flexível, colaborativo e orientado para o solucionamento de problemas, razão pela qual “*formas criativas*” de regulação prevalecem sobre o formalismo²⁴⁷.

²⁴⁵ Segundo Orly LOBEL, “[o]ver a half-century ago, the New Deal signified a paradigm shift in the American polity. Under the mandate of relief, recovery, and reform, the modern regulatory administrative state was created. In the context of world war and economic depression, law was conceptualized as national, top-down and sanctioned”. **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, p. 344.

²⁴⁶ Cf. Jody FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, p. 15.

²⁴⁷ Segundo Jacques CHEVALLIER, “[a] governança é sustentada por uma lógica diferente daquela que governa o direito: enquanto que este último se exprime no imperativo, sob a forma de comandos obrigatórios provenientes de uma autoridade investida do poder de decisão e segundo as regras fixadas para sua elaboração, a governança provém de uma abordagem pluralista e interativa da ação coletiva. Trata-se de obter, pela virtude da troca, compromissos aceitáveis, levando em consideração a complexidade dos problemas e a existência de poderes múltiplos. A governança implica, ao mesmo tempo, a ampliação do círculo dos atores associados aos procedimentos decisórios e a procura sistemática de soluções de ‘tipo consensual’”. **A Governança e o Direito**, p. 131.

A governança no Direito Administrativo resulta dos trabalhos teóricos de diversas correntes de pensamento legal convergentes no que LOBEL denominou de *Renew Deal School*, das quais se destacam o Direito Reflexivo, o *Soft Law* e a Governança Colaborativa²⁴⁸. Em comum, estas teorias fundamentam um modelo de atuação administrativa híbrida, em que Administração Pública e administrado compõem consensualmente a decisão administrativa, ou aspectos dessa decisão, a partir da concepção da relatividade do formalismo jurídico e da necessidade de conferir flexibilidade aos institutos jurídicos, então instrumento voltados à satisfação de específicas finalidades, para melhor acomodação conforme as especificidades do caso concreto.

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

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

²⁴⁸ **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, p. 345. Segundo o autor, “[t]his article demonstrates how the governance model emerges from a myriad of recent scholarly theories including the following: ‘reflexive law’, ‘soft law’, ‘collaborative governance’, ‘democratic experimentalism’, ‘responsive regulation’, ‘outsourcing regulation’, ‘reconstitutive law’, ‘post-regulatory law’, ‘revitalizing regulation’, ‘regulatory pluralism’, ‘decentering regulation’, ‘mate-regulation’, ‘contractarian law’, ‘communicative governance’, ‘negotiated governance’, ‘destabilization rights’, ‘cooperative implementation’, ‘interactive compliance’, ‘public laboratories’, ‘deepened democracy and empowered participatory governance’, ‘pragmatic lawyering’, ‘nonrival partnership’, and ‘a daring legal system’. It argues that these subsets of ideas should be understood together as generating a powerful vision within legal thought about the need for renewal through a shift to the governance paradigm”. *Idem*, p. 345-347.

harmonização do raciocínio, deveras representativo do entendimento de governança no meio acadêmico do Direito Administrativo norte-americano:

“Em contraste com os apresentados modelos hierárquicos do Direito Administrativo, eu concebo governança como um conjunto de relacionamentos negociados. Esta alternativa concepção de laboração de políticas, implementação e enforcement é dinâmica, não hierarquizada e descentralizada, objetivando se promover entre atores públicos e privados”²⁴⁹”.

O primeiro elemento apontado pelos administrativistas como definidores da governança pública consiste na *interdependência público-privada*²⁵⁰, que tem por pressuposto a guinada na concepção do administrado no desenvolvimento das funções públicas. De uma posição de adversário, o administrado passa a ser considerado cada vez mais como um personagem necessário para a adequada prestação da utilidade pública, seja no momento da formação da decisão administrativa, quando entram em cena mecanismos de participação administrativa no processo normativo ou deliberativo, seja no momento de implementação desta decisão com a celebração de contratos de parcerias público-privadas em sentido amplo. O ponto está em considerar o administrado não como um *adversário* da Administração Pública, que enseja vínculos administrativos verticalizados e relações contratuais sinalagmáticas, mas sim como seu *colaborador*.

A orientação de interdependência público-privada propulsiona a ruptura do antagonismo entre Poder Público e cidadão, formalizada nas relações administrativas bipolarizadas entre Administração-autoridade, com suas prerrogativas exorbitantes, e administrado-liberdade, munido de direitos (constitucionais, legais e regulamentares) oponíveis à Administração Pública. Compreender o administrado como efetivo colaborador do Poder Público na gestão pública significa atribuir-lhe um papel mais ativo na atuação administrativa, em todo o seu procedimento, e não mais meramente sujeito passivo do ato imperativo e unilateral. Dessa forma, a clássica dicotomia autoridade-

²⁴⁹ Essa é a passagem original: “[i]n contrast to those presenting hierarchical models of administrative law, I conceive of governance as a set of negotiated relationships. This alternative conception of policy making, implementation, and enforcement is dynamic, nonhierarchical, and decentralized, envisioning give and take among public and private actors”. **The Private Role in Public Governance**, p. 571. Conforme se verifica, governança não se confunde com governabilidade. Como modelo de atuação administrativa, a governança corresponde a uma forma negociada de atividade administrativa cujos potenciais efeitos positivos são hábeis a superar impasses burocráticos, como custos e tempo de tramitação do processo, e, assim, propiciar a governabilidade. Em síntese, governança e governabilidade encerram, respectivamente, uma relação de causa e efeito, pois é a efetividade da ação pública uma possível decorrência do emprego de técnicas negociadas na gestão pública.

²⁵⁰ Jody FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, p. 548.

liberdade que classicamente determinou a construção do regime jurídico-administrativo em prerrogativas e sujeições é relativizada para que o Direito Administrativo contenha também normas voltadas à facilitação e controle da negociação entre Administração Pública e administrado²⁵¹.

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

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

A *especialização* do Direito Administrativo em subsistemas com regime e finalidades próprios resulta do engajamento do Estado em uma pluralidade de complexas atividades como regulador ou provedor de utilidades públicas, que por vezes envolvem aspectos técnicos. É de se notar a limitação da unidade do Direito Administrativo, de forma que normas setoriais podem estabelecer uma disciplina jurídica mais consentânea às finalidades específicas que cada subsistema deve promover, assim como às particularidades e problemas próprios da matéria envolvida no setor²⁵². Ademais, mencione-se a crescente funcionalidade dos contratos administrativos em reger pormenorizadamente os elementos da relação jurídico-administrativa firmada entre Administração e administrado, como o exercício da prerrogativa sancionatória e a fixação das infrações administrativas atreladas ao desenvolvimento do objeto contratual. Segundo essa perspectiva de análise, institutos e regras administrativas adquirem cada vez maior especialização nas esferas regulamentar e contratual para uma disciplina mais atenta às

²⁵¹ Cf. Orly LOBEL, **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, p. 377.

²⁵² Os setores ambiental e de telecomunicações são exemplos elucidativos do exposto.

especificidades concretas, com impacto direto na cultura legal do “*one-size-fits-all*”²⁵³: processos administrativos, formas de controle, sistema de responsabilização administrativa e procedimentos licitatórios podem receber um tratamento significativamente diferenciado de ente para ente administrativo.

A proposta da governança é construir soluções concretas aos problemas colocados à Administração Pública no desenvolvimento de suas competências (“*problem-solving orientation*”²⁵⁴). Seu método de trabalho é mais concreto e atento às particularidades da situação fática, com ampla contextualização do panorama no qual o problema se apresenta: identificação dos atores governamentais e não-governamentais envolvidos, reconhecimento dos interesses, peculiaridades decorrentes da matéria e detalhes que importem para a decisão administrativa final. Assim, ao contrário de propor modelos teóricos abstratos, a governança parte de um problema específico para criar soluções inovadoras, aprimorar a estrutura ou a funcionalidade de determinado instituto jurídico-administrativo ou, ainda, entender pela inaplicabilidade prática de um comando legal, o que, por óbvio, não importa em sua invalidação.

Os *efeitos* da decisão administrativa importam para a governança. Essa assertiva permite reconhecer que a governança não corresponde exatamente a um meio de tomada de decisões administrativas, mas vai além para abranger os resultados da implementação do ato, acordo ou contrato. Trata-se, portanto, de um mecanismo de avaliação *ex ante* e *ex post* da decisão administrativa, a qual não se resume ao momento final do processo administrativo (ato administrativo *spot*), mas se prolonga até a execução. Por essa razão, os provimentos administrativos tomados ao fim do processo são meras *decisões provisionais*²⁵⁵, passíveis de adequação do seu conteúdo no decorrer da execução. No

²⁵³ Se a cultura legal do “*one-size-fits-all*” já encontrava resistência no âmbito do Direito Administrativo, que há tempos considera a seara regulamentar, a governança chama a atenção para a preferência dos regulamentos e dos contratos administrativos às leis com grandes categorias abertas ou com um determinado modelo inadequado à prática de um determinado setor. Constata-se, nesse ponto, o questionamento ao regime jurídico único que tradicionalmente é sustentado como o mecanismo de disciplina da Administração Pública e, como decorrência, das diversas atividades administrativas que o Poder Público tem por dever desenvolver. Reconhecidas as normas e os institutos de Direito Administrativo como efetivos instrumentos, a governança propugna a elaboração de normas que atendam às necessidades e características particulares do setor e o desenho de institutos também específicos que permitam contornar os impasses que se colocam em cada setor, o que se compatibiliza com o atual debate em torno da teoria da legalidade. Sobre os debates teóricos da legalidade em relação à consensualidade, cf. item 5.2. Para a demonstração da necessidade de instrumentos jurídicos pormenorizados no desenvolvimento da atividade administrativa, cf. Orly LOBEL, **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, p. 379 e ss.

²⁵⁴ Jody FREEMAN, **Collaborative Governance in the Administrative State**, p. 22.

²⁵⁵ *Idem, ibidem*.

exemplo da consensualidade, a negociação da prerrogativa imperativa não cessa quando da celebração dos acordos administrativos na medida em que o trato é contínuo.

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

Respostas com contornos peculiares em atenção às peculiaridades do setor ao qual esteja contextualizada e, principalmente, ao tipo de problema passam a ser preferidas que as decisões rígidas e formais, uniformes para todos os subsistemas de Direito Administrativo. Tal preferência parte do pressuposto de que a *flexibilidade* propicia maior *adaptabilidade* da decisão às peculiaridades da situação concreta, i.e., às particularidades do cenário na qual se apresente e ao problema que busca solucionar. Provimentos desse jaez têm o potencial de serem mais efetivos diante do fato de que existe uma forte demanda por técnicas de gestão pública “*criativas*”, pois a flexibilização do formalismo permite modelar seus termos em conformidade com as necessidades concretas. Nessa medida, o ato administrativo típico da regulação dá lugar à *atipicidade* na governança.

Os elementos caracterizadores da governança surgem, portanto, como respostas às disfuncionalidades da regulação praticada pelas Agências Reguladoras do tipo *command-control* e *top-down*. Paralelamente à questão da legitimação do poder de autoridade do Estado, é perceptível a grande preocupação dos teóricos da governança com a efetividade dos provimentos administrativos, o que repercute diretamente sobre a forma de desenvolvimento das competências administrativas, em todas as suas etapas. Por essa razão, a governança se apresenta nas atividades administrativas de ordenação, implementação da decisão administrativa e *enforcement*²⁵⁶. O delineamento do modelo de governança para satisfação das competências cometidas à Administração Pública motivado pela preocupação prática de superação das disfuncionalidades da regulação clássica é, portanto, a principal característica da governança.

²⁵⁶ Apesar de a governança poder se apresentar em todas as vertentes da atuação administrativa – ordenação, decisão e *enforcement* –, mencione-se que os debates teóricos se concentram no processo administrativo normativo (*rulemaking*), de forma que a atuação administrativa consensual por vezes se limita a indicar a elaboração consensual de normas.

Os acordos administrativos se apresentam como o meio de formalização da governança. Para Jacques CHEVALLIER,

“A contratualização constitui um instrumento privilegiado de formalização da governança. Com efeito, ela traduz juridicamente a abordagem contratualista e consensual da ação pública – que figura entre os fundamentos da governança. A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o acordo de vontades²⁵⁷”.

Embora Orly LOBEL chegue a defender a preferência da governança à regulação no atual panorama do Direito Administrativo²⁵⁸, TRUBEK salienta que a afirmação da governança na teoria do Direito não importa na superação da regulação. O teórico identifica situações em que governança e as tradicionais técnicas administrativas operam na mesma função pública, situações essas designadas por TRUBEK como *coexistência*, que podem determinar as seguintes formas de relacionamento entre ambas as formas mencionadas: (i) *complementariedade*, (ii) *rivalidade* ou (iii) *de transformação*²⁵⁹. Governança e regulação serão complementares quando ambas se voltarem à satisfação de um objetivo comum; serão rivais se a adoção de um meio automaticamente excluir o outro; por fim, serão de transformação se houver a fusão entre elas para determinar um terceiro tipo híbrido²⁶⁰.

A atividade sancionatória do Estado consiste no exemplo mais emblemático de aplicação da governança no *enforcement* da decisão administrativa. De uma forma geral, há baixo cumprimento dos provimentos administrativos, mesmo existindo previsões de significativas sanções administrativas pelo descumprimento. Ocorre que mesmo as sanções padecem de baixa exequibilidade. Dentro dessa perspectiva pragmática, decisões menos coercitivas, ainda que sancionatórias, tendem a ser mais exequíveis e seu processo de aplicação mais flexível²⁶¹.

²⁵⁷ **A Governança e o Direito**, p. 139.

²⁵⁸ **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, p. 393 e ss.

²⁵⁹ **New Governance & Legal Regulation: complementarity, rivalry, and transformation**, p. 5.

²⁶⁰ *Idem*, p. 5-6.

²⁶¹ “Less coercitive sanctions can promote flexibility in implementation and compliance. (...) This aspect of soft law has been described in the context of the increasing adoption of reporting requirements rather than the imposition of penalties as structured but unsanctioned”. Orly LOBEL, **The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought**, p. 391.

2.3. A atuação administrativa consensual

Uma etapa relevante ao estudo da consensualidade que aqui se propõe está em conceituar a atuação administrativa consensual, menos por uma preocupação doutrinária, mas sim pela necessidade de metodológica de estabelecer o recorte da análise. Principalmente no tema da consensualidade, que abrange diversas exteriorizações conforme o critério que se adote para caracterizar a concertação administrativa, é fundamental delimitar o conteúdo de atuação administrativa consensual que a dissertação trabalha, sem com isso incorrer em afirmações do tipo “*acerto*” ou “*desacerto*” de uma ou outra definição. Trata-se simplesmente de explicitar a opção metodológica do objeto de estudo na dissertação, mais restrito, relativo aos acordos terminativos de processo administrativo.

Para tanto, farei uma primeira exposição dos debates internacionais envolvendo o modelo de consensualidade a partir das leis de processo administrativo e do estudo teórico desenvolvido na Itália e na Espanha. A escolha desses sistemas justifica-se tanto institucionalmente, porquanto cada ordenamento possui em suas respectivas leis de processo administrativo permissivos genéricos à Administração Pública para celebrar acordos, quanto teoricamente, já que contam com significativos estudos sobre o tema. Dessa forma, os debates internacionais servirão de paradigma de análise do caso brasileiro, em que variáveis serão extraídas para contribuir à reconstrução do panorama da consensualidade no Brasil.

Na seqüência, apresentarei o conceito de atuação administrativa consensual adotado neste trabalho.

2.3.1. Paradigma de análise: o debate internacional sobre o modelo de consensualidade

Apesar de ser reconhecido como um tema relativamente recente na agenda de estudos teóricos no Direito Administrativo, a atuação administrativa consensual já integra a produção acadêmica neste ramo do Direito e em torno deste objeto são desenvolvidas análises sobre seus mais variados aspectos: natureza jurídica dos acordos administrativos,

requisitos jurídicos para sua celebração, controle e tutela jurisdicional, assim como conteúdo dos atos consensuais e regime jurídico do procedimento, desde a iniciativa até a terminação consensual do processo administrativo ao qual o acordo se atrela. Ao menos como uma linha de pesquisa, a consensualidade na Administração Pública encontra-se sedimentada em significativa parcela dos ordenamentos jurídicos de Estados tradicionalmente filiados ao sistema romano-germânico de Direito Administrativo.

De fato, alguns sistemas jurídicos são especialmente avançados na análise da consensualidade, a exemplo da Itália, da Espanha e da Alemanha. Em comum, os mencionados ordenamentos possuem em suas correspondentes leis de processo administrativo normas autorizativas da adoção de esquemas consensuais pela Administração para satisfação de suas competências administrativas. Trata-se de legítimos permissivos genéricos por meio dos quais a Administração encontra fundamento jurídico para celebrar acordos com os administrados em detrimento da atuação administrativa típica (imperativa e unilateral).

No caso italiano, os acordos administrativos são expressamente previstos na lei 241/90, que disciplina o processo administrativo e o direito de acesso a documentos públicos. A previsão expressa encontra-se no artigo 11 da mencionada lei, o qual autoriza a Administração Pública a celebrar acordos com os interessados com a finalidade de determinar o conteúdo discricionário do ato final ou substituí-lo, desde que a prática consensual não cause prejuízo a terceiros e nem afaste a Administração do dever de satisfazer o interesse público²⁶².

Ao descrever o processo de inserção da consensualidade na lei de processo administrativo italiana, Pierpaolo GRAUSO aponta que a “*codificação da privatização da ação administrativa*” deve-se não somente a uma escolha técnica, dado que a satisfação das competências administrativas por meio de acordos pode se mostrar mais eficiente no caso concreto quando em comparação com o modo unilateral imperativo de ação, mas uma escolha eminentemente cultural, de incentivo às relações paritárias entre Administração Pública e administrados²⁶³. A disciplina jurídica dos acordos administrativos guardaria,

²⁶² Essa é a redação do preceito: “*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*”.

²⁶³ **Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati**, p. 4-5.

então, estreito relacionamento com o momento de abertura democrática da atuação administrativa, momento esse primeiramente sintetizado na participação administrativa.

Como impacto decorrente da positivação dos acordos administrativos no âmbito da lei de processo administrativo, pode-se salientar a afirmação da atuação consensual; o estado de excepcionalidade da consensualidade, caracterizado pela necessidade de existência de especial previsão legal para que a Administração celebrasse acordos, é superado, passando os acordos firmados entre Administração Pública e administrado a ser considerados efetivos instrumentos de ação administrativa. Em outros termos, a atuação administrativa consensual ganhou traços de generalidade com o artigo 11 da Lei 241/90, muito por conta da valorização da consensualidade nos debates doutrinários de Direito Administrativo²⁶⁴ e da forte influência alemã, cujo §54 da lei de processo administrativo alemã de 1976 (VwVfG) admite a constituição, modificação ou extinção de relação jurídico-administrativo por meio da celebração de contratos de direito público²⁶⁵.

O modelo de atuação administrativa consensual afirmado pela Lei 241/90 colocou em questionamento a prevalecente teoria dualística da ação administrativa (também denominada *modello del doppio grado*)²⁶⁶. De acordo com esta construção teórica, a ação administrativa era compreendida como um instituto complexo, no qual coexistiam provimentos administrativos e contratos de direito privado, respectivamente voltados à disciplinar a relação jurídico-administrativa estabelecida entre Administração Pública e administrado e os aspectos patrimoniais envolvidos nesta relação²⁶⁷. Dado que a consensualidade disciplinada pelo sistema italiano permite a convergência de vontades entre as partes da relação jurídico-administrativa para estabelecer o conteúdo do provimento administrativo, sem que se verifique a clara dicotomia ato – contrato, tem-se a partir da Lei 241/90 uma nova orientação teórica acerca do agir administrativo, orientação essa mais flexível e aberta a figuras atípicas de exercício da função administrativa.

Na lei de processo administrativo italiana estão, portanto, positivados os principais acordos administrativos que modelam a atividade consensual da Administração Pública, quais sejam: (i) os acordos integrativos e (ii) os acordos substitutivos. Embora certos

²⁶⁴ Cf. Franco Gaetano SCOCA, **Autorità e Consenso**, p. 32-32.

²⁶⁵ Sobre o tema da consensualidade no Direito Administrativo alemão, cf. Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, **Transações Administrativas**, p. 331-342.

²⁶⁶ Pierpaolo GRAUSO, **Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati**, p. 18.

²⁶⁷ Stefania VASTA, **La Revoca degli Atti Amministrativi Consensuali**, p. 81.

administrativistas italianos repute incorreta a diferenciação entre ambos os instrumentos consensuais, porquanto ambos possuiriam semelhantes estrutura e funcionalidade²⁶⁸, a doutrina italiana tende a concebê-los como institutos diversos, especialmente por conta da dinâmica procedimental específica.

Os *acordos integrativos* caracterizam-se por precederem o provimento administrativo final, sem o substituir, razão pela qual também são denominados de acordos endoprocedimentais ou acordos preliminares. Correspondem aos acordos firmados entre a Administração Pública e o administrado com vistas a modelar o ato final, o qual, contudo, continua sendo de competência unilateral da Administração. Dessa forma, o acordo integrativo não se coloca no esquema binário ato imperativo – consensualidade, ou seja, este tipo de acordo não é antípoda do ato imperativo e unilateral, de forma que sua celebração determine o afastamento da prerrogativa imperativa²⁶⁹. Voltado a “*determinar o conteúdo discricionário do provimento final*”, o acordo integrativo implica em negociação do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração em basicamente três vertentes: (i) condicionamento do ato final a uma obrigação consensualmente estabelecida, (ii) complementação consensual do provimento final e (iii) adequação do ato final mediante a substituição de um ato específico do processo.

A marca deste primeiro tipo de atuação consensual é a flexibilidade decorrente das múltiplas funcionalidades que ele pode se revestir para delinear um ato administrativo final mais eficaz e consentâneo aos interesses do administrado. Assim, de acordo com as vertentes funcionais dos acordos integrativos acima apresentadas, alguns administrativistas italianos tendem a classificá-los em acordos conexos ao ato (*accordi collegati al provvedimento*), acordos de complemento (*accordi di completamento / accessivi*) e acordos de integração (*accordi di integrazione*)²⁷⁰.

Propostos pela Administração Pública, os acordos conexos ao ato são firmados no âmbito do processo administrativo cujo ato final seja benéfico ao administrado, estabelecendo obrigações que condicionam o aperfeiçoamento do ato benéfico mediante cumprimento destas obrigações especificadas pelo Poder Público. Os acordos conexos ao ato constituem relevante instrumento urbanístico no Direito Administrativo italiano. Os

²⁶⁸ *Idem*, p. 138.

²⁶⁹ Pierpaolo GRAUSO, *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*, p. 61.

²⁷⁰ A respeito da classificação dos atos integrativos, cf. Roberto DAMONTE, *Atti, Accordi, Convenzioni nella Giustizia Amministrativa*, p. 8 e ss.

acordos de complemento prestam-se a regulamentar consensualmente a relação jurídico-administrativa constituída pelo ato final ou para disciplinar uma determinada situação jurídica quando o conteúdo do ato for insuficiente para tanto. Por fim, os acordos de integração substituem um específico ato do processo administrativo com a finalidade de acelerar a fase de execução do ato final.

Tais acordos cabem em qualquer procedimento que envolva discricionariedade administrativa e, na qualidade de pactos preliminares ao ato final, são firmados na fase instrutória. Por não coincidirem com o ato final do processo administrativo, cuja produção remanesce na esfera de competência exclusiva da Administração Pública, os acordos integrativos geram efeitos somente às partes do procedimento.

O segundo tipo de acordo administrativo amparado pela Lei 241/90 – o *acordo substitutivo* –, substitui o provimento imperativo e unilateral pelo acordo de natureza consensual firmado entre Administração e administrado. Neste modelo consensual fica evidente a dualidade atuação administrativa típica – atuação administrativa consensual, dado o papel desempenhado pelo acordo substitutivo de instrumento alternativo de exercício da função administrativa. Diante do caso concreto, a Administração Pública poderá agir de forma unilateral ou celebrar acordo substitutivo desta forma primeira de atuação administrativa, desde que a opção consensual não cause prejuízo a terceiros e nem se afaste do dever de satisfação do interesse público, limites esses estabelecidos pelo art. 11 da Lei 241/90. Esta relativa fungibilidade entre provimentos unilaterais e provimentos consensuais é assente na doutrina consultada²⁷¹.

Os acordos substitutivos são firmados no momento final do processo administrativo, gerando efeitos *erga omnes* na medida em que substituem o provimento terminativo e, conseqüentemente, repercutem como se ato administrativo fossem. Esses dois aspectos são salientados como os elementos de diferenciação entre acordos integrativos e acordos substitutivos: embora ambos se efetivem no bojo do processo administrativo, o acordo integrativo se aperfeiçoa na fase instrutória, previamente ao ato unilateral final, ao passo que o acordo substitutivo é firmado na fase terminativa do processo administrativo em substituição ao ato administrativo. Enquanto os efeitos do

²⁷¹ Cf. M. T. Paola Caputi JAMBRENGHI, *Studi sull'Autoritarietà nella Funzione Amministrativa*, p. 33-39.

primeiro circunscrevem-se às partes, os acordos substitutivos geram efeitos para além da relação jurídico-administrativa entre Administração e administrado.

Roberto DAMONTE classifica os acordos substitutivos em acordos substitutivos de ato (*accordi sostitutivi di provvedimenti*) e acordos substitutivos de procedimentos (*accordi sostitutivi di procedimenti*)²⁷². O agrupamento dos acordos substitutivos em categorias distintas decorreria do fato de os objetos substituídos pela atuação consensual serem também diversos. Enquanto o acordo substitutivo de ato, conforme indica a própria nomenclatura, destina-se a substituir o ato unilateral, mostrando-se efetivo instrumento alternativo a favor da Administração Pública, o acordo substitutivo de procedimento substitui todo o processo de tomada da decisão administrativa, inclusive a própria decisão administrativa.

Guardadas as especificidades de cada instrumento consensual analisado, verificam-se escopos comuns entre os acordos administrativos, quais sejam, acelerar a execução da decisão administrativa ou melhorar a qualidade desta decisão. Conforme o tipo de acordo, uma ou outra finalidade restará mais evidente, como o acordo integrativo de integração ou o acordo substitutivo de ato, fortes respectivamente na decisão administrativa ágil e na eficiência do provimento final. No extremo, porém, os escopos de rapidez e adequação encontram-se, uma vez que a decisão rápida deve ser considerada eficiente.

Apesar de a Lei 241/90 ter tido significativo avanço na disciplina da atuação administrativa consensual, deve-se notar que a redação final do art. 11 da lei de processo administrativo italiano não teve a amplitude proposta pela Comissão Nigro, instituída para redigir a referida lei. Das três categorias de acordos administrativos originalmente cogitadas – acordos organizativos, acordos normativos e acordos integrativos ou substitutivos –, somente a última foi prevista na lei. Ademais, os acordos substitutivos estavam submetidos a reserva de lei²⁷³. Assim, a previsão legal da consensualidade na Lei 241/90 foi originalmente tímida.

O reforço da disciplina legal da atuação administrativa consensual veio com a Lei 15/05, responsável pela reforma da lei de processo administrativo italiana. Dentre as

²⁷² Atti, *Accordi, Convenzioni nella Giustizia Amministrativa*, p. 18-22.

²⁷³ Pierpaolo GRAUSO, *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*, p. 16. Segundo o autor, houve uma opção legislativa por valorizar as especificidades setoriais mediante a necessidade de os marcos regulatórios setoriais expressamente preverem os acordos substitutivos para que os mesmos fossem adotados. *Idem, ibidem*.

alterações da Lei 241/90 ensejada pela reforma da lei de processo administrativo italiana, que teve como instrumento a Lei 15/2005, duas tocam diretamente a atuação administrativa consensual: a supressão da reserva de lei atinente aos acordos substitutivos e a previsão de disciplina dos acordos administrativos pelo regime de direito privado.

Antes da Lei 15/2005, uma peculiaridade do acordo substitutivo frente ao acordo integrativo consistia na reserva de lei que a redação originária da Lei 241/90 previa em seu art. 11. Especificamente em relação aos acordos substitutivos, a norma não fazia às vezes de um permissivo genérico para a Administração adotar a via consensual ou a imperativa segundo seus próprios critérios de oportunidade e conveniência na medida em que os acordos substitutivos eram objeto de reserva de lei, ou seja, apenas mediante previsão legal expressa poderia a Administração substituir o provimento imperativo final por um acordo administrativo. Ao retirar a reserva de lei da esfera dos acordos substitutivos, a reforma da Lei 241/90 equiparou os acordos substitutivos aos acordos integrativos quanto à generalidade, passando o art. 11 a ser efetivo permissivo genérico da celebração de acordos pela Administração, quer sejam eles integrativos ou substitutivos.

A possibilidade aberta com a Lei 15/2005 de a Administração Pública substituir o provimento imperativo final por outro de índole consensual independentemente de previsão legal expressa nas normas setoriais ampliou o espectro da consensualidade, reforçando a atuação por meio de acordos como efetiva forma de exercício das competências administrativas²⁷⁴. Porém, a alteração mais relevante em prol da viabilização da consensualidade no Direito Administrativo italiano se verificou com a inserção do parágrafo *1-bis* ao art. 1º da Lei 241/90, de seguinte redação: “*a Administração Pública, na adoção de atos de natureza não autoritativa, age segundo a norma de direito privado salvo se a lei dispuser diversamente*”²⁷⁵.

²⁷⁴ Apesar da aposta legislativa na consensualidade, Pierpaolo GRAUSO indica existir uma verdadeira “*crise dos acordos*” no Direito Administrativo italiano, pois os acordos administrativos são, na prática, pouco aplicados. O autor apresenta três motivos para tanto: (i) “reticência cultural e perplexidade ideológica”, (ii) insuficiente preparação técnica dos agentes públicos para lidar com os acordos administrativos e (iii) ceticismo jurisprudencial da Corte de Justiça e da Corte Constitucional. *ob. cit.*, p. 21-33. Stefania VASTA, por sua vez, reputa como efeito da previsão genérica dos acordos substitutivos na lei de processo administrativo a maior aceitação jurisprudencial do instituto, tendo em vista a forte resistência do Judiciário italiano com a forma de atuação consensual da Administração estabelecida em pontuais leis. **La Revoca degli Atti Amministrativi Consensuali**, p. 36.

²⁷⁵ Essa é a redação do *comma 1-bis*, art. 1º, da lei 241/90: “*La Pubblica Amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che le legge disponga diversamente*”.

O tema da consensualidade é objeto de diversos questionamentos jurídicos, uma vez que demanda releituras de tradicionais construções teóricas do Direito Administrativo – especialmente as teorias da legalidade, da discricionariedade e do controle – e, ainda, coloca em evidência aspectos outros que até então não despertavam grande atenção dos estudiosos desse ramo do Direito, a exemplo da negociação, da formação da decisão administrativa e da análise instrumental e consequencialista da ação procedida pela Administração Pública. Uma dessas perguntas, talvez a mais emblemática de todas, é: qual o regime aplicável aos acordos administrativos?

No âmbito do Direito Administrativo italiano, o legislador apresentou uma resposta com a lei 15/2005 favorável ao direito privado, menos para dar conta de um debate acerca da natureza jurídica do instituto, mas, sim, para fomentar a adoção de esquemas consensuais na atuação administrativa. A medida voltou-se a conferir maior segurança jurídica na atuação consensual pela indicação clara do conjunto normativo aplicável aos acordos administrativos, assim como determinar a aplicação de um regime mais adequado à lógica de negociação. Dessa forma, resta clara a aposta legislativa na consensualidade mediante criação de mecanismos de viabilização desta forma de ação administrativa.

Ao lado do sistema italiano, o Direito Administrativo espanhol desponta como outro relevante sistema já ambientado no estudo da atuação administrativa concertada. O tema da consensualidade no Direito Administrativo espanhol insere-se diretamente nos debates relativos ao processo administrativo, mais especificamente no ponto da *terminación convencional do processo* ²⁷⁶. Como objeto de estudos acadêmicos, os acordos administrativos são, portanto, recorrentemente analisados em uma seara bem delimitada, razão pela qual aspectos eminentemente processuais ganham relevância. O debate “*datado*” da consensualidade no Direito espanhol deve-se à redação do artigo 88 da lei de processo administrativo espanhol – a Lei 30/92, ou LrjAPyPAC – intitulado “*terminación convencional*”, dispõe em seu item primeiro sobre a possibilidade de a Administração celebrar acordos administrativos em sentido amplo com os administrados, nos seguintes termos:

²⁷⁶ Além da terminação consensual, a LrjAPyPAC prevê ainda os seguintes tipos de terminação do processo administrativo: resolução (forma ordinária de terminação do processo administrativo), desistência, renúncia e caducidade (formas anormais de terminação do processo administrativo) e impossibilidade material de terminação por causas sobrevindas. Cf. Eduardo García de ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, **Curso de Derecho Administrativo**, vol. II, p. 513.

“Artigo 88. Terminação convencional. 1. As Administrações Públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos com pessoas tanto de direito público como privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico nem versem sobre matérias não suscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público que tenham de perseguir, com o alcance, efeitos e regime jurídico específico que, em cada caso, preveja a disposição que o regule, podendo tais atos ter o propósito de finalizadores dos procedimentos administrativos ou serem propostos nos mesmos com caráter prévio, vinculante ou não, à resolução que lhes ponha fim”²⁷⁷”.

A previsão da terminação consensual no art. 88 da Lei 30/92 decorre de uma necessidade meramente pragmática de disciplinar a frequente prática de negociação entre Administração Pública e administrado acerca da solução final dos processos administrativos²⁷⁸. Pela via dos acordos, o legislador espanhol pretendeu superar certas disfuncionalidades percebidas na Administração Pública, como a demora no trâmite processual e a decisão administrativa insatisfatória aos pleitos levados pelas partes ao processo²⁷⁹.

Dessa forma, o art. 88 da Lei 30/92 se comporta como um permissivo genérico da adoção de fórmulas consensuais pela Administração Pública espanhola para exercício da função administrativa, mediante terminação convencional do processo²⁸⁰. Ao avaliar o impacto da previsão genérica dos acordos administrativos no âmbito da Lei 30/92, Luciano Parejo ALFONSO indica que a principal contribuição foi introduzir um tipo de atividade (consensual) ao lado da atuação administrativa típica ou por contrato, cabível em qualquer projeção da atividade administrativa: polícia, fomento e prestação de serviços públicos²⁸¹.

²⁷⁷ Essa é a redação do art. 88, parte primeira, da LrjAPyPac: “**Artículo 88. Terminación convencional. 1.** Las 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 a 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”.

²⁷⁸ Eduardo García de ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. II, p. 519.

²⁷⁹ *Idem*, p. 520.

²⁸⁰ “El precepto [terminação convencional], como ya advertimos al comienzo, quiere ser sólo un marco general, susceptible de dar una cobertura legal genérica a este tipo de fórmulas, hasta ahora aisladas, y de estimular su toma en consideración por las normas especiales llamadas a regular procedimientos concretos, normas éstas que serán, por lo tanto, las que decidieran sobre su efectiva implantación y sobre su alcance, efectos y régimen jurídico”. Eduardo García de ENTERRÍA & Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, **Curso de Derecho Administrativo**, vol. II, p. 520.

²⁸¹ **Eficácia y Administración. Tres estudios**, p. 157.

No caso espanhol é evidente o caráter da alternatividade dos acordos administrativos. Uma vez que a lei 30/92 lhes impõe uma funcionalidade mais precisa, correspondente à terminação convencional do processo, a dicotomia resolução imperativa e unilateral – resolução consensual resta mais nítida. Embora seja reconhecida a possibilidade de acordos do tipo integrativo, a consensualidade no Direito Administrativo espanhol se assemelha, em termos gerais, aos acordos substitutivos italianos, de forma que a adoção do módulo consensual automaticamente exclui o ato unilateral e imperativo, pois incompatíveis entre si.

Substancial diferença em relação ao conceito de administração concertada decorre do entendimento acerca da funcionalidade dos acordos administrativos. Enquanto a consensualidade define-se no sistema espanhol, em regra, como o afastamento da prerrogativa imperativa em prol de acordos bilaterais, a Lei 241/90 determina um conceito diverso de consensualidade na medida em que os acordos integrativos preditam a coexistência de consensualidade e prerrogativa imperativa. Voltam-se tais administrativistas a conceituarem a consensualidade como a negociação em torno do exercício do poder administrativo²⁸².

Ao lado dos pactos, convênios e contratos, com disciplina própria, os acordos administrativos foram previstos no art. 88 da Lei 30/92 de forma ampla e atípica. Desde que não sejam contrários ao ordenamento jurídico, não versem sobre matérias insuscetíveis de transação e tenham por objeto a satisfação do interesse público, são cabíveis os acordos administrativos de qualquer delineamento, atendidos os requisitos formais mínimos²⁸³. Apesar da atipicidade da consensualidade no sistema espanhol, há um esforço de classificação dos acordos administrativos. Luciano Alfonso PAREJO indica quatro possíveis critérios de classificação: (i) efeitos sobre o procedimento, (ii) grau de regulação da relação jurídico-administrativa, (iii) conteúdo das obrigações estabelecidas e (iv) momento da celebração²⁸⁴.

²⁸² Questão diversa daquela de utilização do módulo negocial como alternativo ao módulo de exercício de poder – ainda se indubitavelmente conexa – é aquela de utilização dos módulos consensuais no âmbito do processo administrativo, segundo o esquema denominado com a terminologia em uso na Alemanha, “*contrato de derecho público*”, e introduzido na Lei 241/90 com a norma, notadamente ignorada na prática, do art. 11. Vincenzo Cerulli IRELLI, **Il Negozió come Strumento di Azione Amministrativa**, p. 79-80.

²⁸³ Os requisitos formais mínimos estão estabelecidos no mesmo art. 88, item 2, e correspondem à identificação das partes intervenientes, o âmbito pessoal, funcional e territorial, o prazo de vigência e a publicação do acordo administrativo.

²⁸⁴ **Eficácia y Administración. Tres estudios.**, p. 176-184.

Em relação aos efeitos sobre o procedimento em que sejam celebrados, os acordos consensuais podem ser classificados em acordos finalizadores do procedimento ou substitutivos (“*acuerdos finalizadores del procedimiento o sustitutivos de las resoluciones*”) ou acordos não finalizadores do procedimento ou não substitutivos (“*acuerdos no finalizadores del procedimiento o no sustitutivos de dichas resoluciones*”²⁸⁵). Enquanto os acordos substitutivos tomam o lugar da resolução final unilateral e imperativa, os acordos não substitutivos são preparatórios a esta, geralmente vinculantes ao ato terminativo do processo administrativo. Estes acordos, ao contrário dos substitutivos, não versam sobre a integralidade do conteúdo da resolução do procedimento, pois, se assim fosse, equiparar-se-iam aos próprios acordos substitutivos. Formalmente, a Administração atua de modo tradicional apesar da presença da consensualidade no trâmite processual preliminar.

De acordo com o grau de regulação da relação jurídico-administrativa, os acordos podem ser macro (“*acuerdos-marco*”) ou em sentido estrito (“*acuerdos en sentido estricto*”²⁸⁶). Os acordos-macro destinam-se a determinar consensualmente as regras para disciplinar a relação jurídico-administrativa constituída no âmbito do processo administrativo, definido, inclusive, a forma de celebração de acordos administrativos em sentido estrito.

Quanto ao conteúdo das obrigações estabelecidas, os acordos administrativos são primeiramente classificados em acordos de execução ou de fixação (“*acuerdos de ejecución o fijación*”) e acordos de intercâmbio (“*acuerdos de intercambio*”), podendo também ser agrupados em acordos simples (“*acuerdos simples*”) ou acordos complexos (“*acuerdos complejos*”²⁸⁷). Destinam-se os acordos de execução a estabelecer métodos mais ágeis e eficazes de cumprimento de deveres e obrigações estabelecidos em lei ao se firmar, consensualmente, uma forma de execução mais flexível e consentânea às particularidades do caso concreto. Pelos acordos de intercâmbio negociam-se contraprestações a favor da Administração não previstas em lei para que esta tome determinado provimento. Os acordos simples e complexos diferenciam-se tanto em razão da duração do acerto quanto pela complexidade do objeto negociado.

²⁸⁵ *Idem*, p. 78.

²⁸⁶ *Idem*, p. 180.

²⁸⁷ *Idem*, p. 181.

Por fim, o momento da celebração do acordo administrativo enseja três categorias: os pré-acordos (“*preacuerdos*”), os acordos parciais (“*acuerdos parciales*”) e os acordos de arbitragem (“*acuerdos de arbitraje*”²⁸⁸). Os pré-acordos verificam-se antes do início do processo administrativo com a finalidade de preparar o procedimento mediante a estipulação consensual de algumas regras para melhor tramitação do mesmo. Segundo essa sistematização, os acordos parciais consistem nos acordos firmados ao longo do processo administrativo e, por essa razão, não delimitam integralmente o conteúdo da resolução final. Os acordos de arbitragem correspondem às cláusulas de previsão de juízo arbitral para solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública, abrangendo também a mediação e a conciliação.

A descrição da disciplina da atuação concertada da Administração Pública conferida por ambos sistemas jurídicos analisados leva a constatações relevantes ao desenvolvimento desta dissertação. Basicamente, a análise de dois grandes sistemas jurídicos com tradição no estudo da consensualidade teve por pauta as seguintes inquietações: o que levou o legislador a prever a atuação administrativa concertada? Como se procedeu essa previsão normativa? Quais são os instrumentos consensuais amparados pela legislação desses países? A que servem os acordos administrativos? Certamente tais questões suscitam a reflexão sobre o papel da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro, considerando os elementos acima indicados.

2.3.2. Atuação administrativa consensual

Conforme analisado no item 2.1 deste segundo Capítulo, há no Direito Administrativo brasileiro basicamente dois critérios para caracterizar a consensualidade, quais sejam, a consensualidade como acordo de vontades e a consensualidade como qualquer forma de participação na Administração Pública ou de exercício de função pública.

Tomada em *sentido amplo*, a consensualidade corresponde a qualquer forma de acordo de vontades a Administração Pública, abrangendo indistintamente acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral. Esta

²⁸⁸ *Idem*, p. 183.

conceituação de consensualidade determina a definição de atuação administrativa consensual como a ação da Administração Pública por meio de acordos em sentido amplo, seja na esfera administrativa ou judicial, seja entre Administração Pública e administrado ou exclusivamente no âmbito do Poder Público. Em *sentido amplíssimo*, a atuação consensual também é verificada nos casos em que a Administração abre o seu procedimento para que o administrado participe, como nas hipóteses de instrumentos participativos a exemplo das audiências e consultas públicas.

Embora essas conceituações de atuação administrativa consensual sejam igualmente legítimas, adota-se nesta dissertação um *sentido restrito* de consensualidade, bastante próxima do trabalhado nos sistemas de Direito Administrativo ambientados no tema, mais notadamente o italiano e o espanhol: *técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos são firmados entre Administração e administrado com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas)*. Alguns elementos dessa definição proposta merecem destaque.

Primeiramente, deve-se reconhecer a consensualidade como *técnica de gestão administrativa*²⁸⁹. Antes de uma exteriorização da participação administrativa ou a afirmação da democratização na Administração Pública, a consensualidade consiste em uma técnica de gestão cujo instrumento de formalização corresponde ao *acordo administrativo*. Isso significa que o acordo administrativo consiste em um dos meios para satisfação das finalidades públicas que a Administração tem ao seu dispor, o que certamente reforça o caráter instrumental da atuação administrativa consensual dado o enfoque no fim de interesse público que a Administração deve perseguir.

É de se notar que a consensualidade é formada por dois componentes mínimos, cada qual relacionado a um específico pressuposto teórico. De um lado, há o *viés cidadão* da consensualidade determinado pela relação da concertação administrativa com a participação popular. Nessa medida, a atuação consensual da Administração Pública resulta da maior abertura do processo administrativo às manifestações dos particulares, em valorização ao civismo da sociedade gradativamente mais participativa das deliberações públicas. Por outro lado, há o *viés pragmático* da consensualidade, que se relaciona à governança pública e a instrumentalização de seus mecanismos de operacionalização

²⁸⁹ Patrícia BAPTISTA, *Transformações do Direito Administrativo*, p. 273.

(eficiência). Segundo essa perspectiva, os acordos administrativos consistem em efetivas válvulas de escape a determinadas disfuncionalidades da atuação administrativa típica, de forma que a atuação concertada pela Administração pode-se mostrar mais eficiente no caso concreto quando comparada com os provimentos imperativos e unilaterais. Dessa forma, a técnica de gestão consensual insere-se no estágio mais avançado de participação administrativa, pois incide sobre a própria deliberação pública, mas é fortemente caracterizada pelo pragmatismo, ou seja, pela compreensão dos acordos administrativos como mecanismos instrumentais de satisfação de finalidades públicas (funcionalizado).

Por essa razão a consensualidade induz à análise dos efeitos do modelo de atuação por meio de atos imperativos e unilaterais e do modelo de atuação consensual, de modo confrontado, para escolha do mecanismo mais adequado no caso concreto tendo em vista os interesses das partes. Obviamente a medida da eficiência irá variar conforme o ângulo de análise, pois a Administração possui uma gama de interesses e concentra determinadas variáveis de negociação que o administrado não detém, embora em alguns casos tais interesses possam ser convergentes²⁹⁰. No entanto, a alternatividade ato imperativo unilateral – ato consensual é recorrente na atuação administrativa consensual.

Outro ponto a ser salientado corresponde à *dinâmica de negociação*. Para o conceito restrito que se adota, o objeto da negociação é a prerrogativa pública (no extremo, a prerrogativa imperativa), tanto quanto ao uso dessa prerrogativa pelo agente público como com relação à medida do exercício do poder de autoridade estatal. A negociação das prerrogativas públicas corresponde a ponto sensível do Direito Administrativo, pois remete à questão da indisponibilidade do interesse público ao determinar concessões recíprocas entre as partes pública e privada negociante. Esta dinâmica de negociação implica, portanto, na substituição de uma sanção administrativa de advertência por obrigações de fazer ou de não fazer pelo administrado²⁹¹, por exemplo. Em síntese, o caráter instrumental

²⁹⁰ Conforme se nota, o conceito de atuação administrativa consensual adotado envolve em uma ponta a Administração Pública detentora do poder de império e, na outra ponta, o administrado diretamente interessado no exercício do poder de autoridade estatal. Dessa forma, estão excluídos da noção endossada os acordos intragovernamentais, como os convênios e os consórcios públicos.

²⁹¹ Não se reconhece, salvo disposição legal explícita, a obrigação de dar como cláusula de instrumento consensual na medida em que isto determinaria uma burla ao dever de licitar inscrito no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal. Em recente experiência dos termos de compromisso (TC) na Comissão de Valores Mobiliários, o ente regulador do mercado de capitais negociou a suspensão da aplicação de sanções administrativas aos agentes de mercado mediante o pagamento por estes de cursos internacionais aos funcionários da CVM ou, ainda, mediante a aquisição de certas obras para melhoria do acervo da biblioteca. Essas práticas vão de encontro ao dever de licitar na medida em que o Decreto-Lei 3.865/76 não cria nenhuma hipótese de dispensa de licitação pela celebração de TC, estando, portanto, a aquisição de bens e

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

O conteúdo público e a forma privada dos acordos administrativos é marcante na atuação administrativa consensual. De fato, no procedimento consensual constata-se a negociação e a posterior celebração por meio de acordo de vontades entre Administração Pública e administrado²⁹². A consensualidade também deve ser compreendida no contexto da contratualização, que remete ao cenário de maior adoção de instrumentos privados pela Administração Pública, o que pode suscitar dúvidas a respeito da natureza jurídica da deliberação consensual. Afinal, trata-se de ato administrativo, contrato administrativo, negócio jurídico ou uma nova figura no Direito Administrativo?

Novamente a natureza jurídica do acordo administrativo compreendido na definição estrita depende fundamentalmente do conceito que se adote de ato administrativo, negócio jurídico e contrato administrativo, o que é verdadeiramente uma celeuma no Direito Administrativo brasileiro. Há pouca utilidade na classificação do ato consensual em uma ou outra tradicional categoria do direito público. A nota da *atipicidade* na consensualidade reforça a inviabilidade em buscar o enquadramento dogmático da deliberação consensual²⁹³. A secular finalidade de identificar a natureza jurídica para determinar o regime jurídico aplicável aos institutos mostra-se hoje bastante limitada por conta da especialização do Direito Administrativo em ordenamentos setoriais²⁹⁴, que confere tratamento jurídico especializado aos acordos administrativos quer sejam denominados ato,

serviços vinculada à realização de prévio procedimento licitatório no qual se garanta a igualdade perante os licitantes. Ademais, deve-se enfatizar o grande risco de captura do regulador engendrada pela referida prática, bem como o afastamento do instrumento consensual à sua função de satisfazer finalidades públicas, no caso, a saúde do mercado de valores mobiliários pela disponibilidade de informação, a “afetação” do TC. Na qualidade de um instrumento regulatório, o acordo administrativo deve necessariamente induzir comportamentos do regulado, razão pela qual as cláusulas dos atos consensuais restringem-se, a princípio, a obrigações de fazer ou de não fazer.

²⁹² Não se está a admitir a autonomia de vontades na Administração Pública, a qual está vinculada a satisfazer as finalidades públicas e, por consequência, toda a sua atuação sujeita-se ao alcance destes fins públicos. Em outros termos, a vontade da Administração é funcionalizada, estando necessariamente atrelado ao fim de interesse público que tem por dever promover. Cf. Marçal JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 33-34.

²⁹³ A atipicidade é usualmente compreendida na esfera das relações contratuais, ao contrário do ato administrativo unilateral, lastreado pelo princípio da tipicidade. Cf., por todos, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 202.

²⁹⁴ “É possível dizer-se então que a regulação intervém como um tipo de aparelhagem própria a um setor, integrada dentro dele – do qual a regulamentação é apenas um dos instrumentos – que entrelaça regras gerais, decisões particulares, sanções, soluções de conflitos e que inclui geralmente a criação de um regulador independente”. Marie-Anne FRISON-ROCHE, **Definição do Direito da Regulação Econômica**, p. 24.

contratos, ou negócios jurídicos. Em primeiro plano, deve-se, assim, compreender o regime jurídico ditado por cada subsistema do Direito Administrativo a cada tipo de acordo administrativo²⁹⁵.

Ainda, o conceito de atuação administrativa consensual adotado restringe-se ao âmbito do *processo administrativo*. No tema da consensualidade, a noção de processo administrativo é fundamental na medida em se reconhece a ação estatal não apenas na figura do ato, mas compreendida no processo administrativo²⁹⁶.

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

²⁹⁵ Há na doutrina certa inclinação a considerar os acordos administrativos como *transações*, razão pela qual aplicar-se-iam subsidiariamente os preceitos normativos do Código Civil correspondentes à transação civil (art. 840 – art. 850). Cf. Onofre BATISTA, **Transações Administrativas**, p. 327. Cf. também Ada Pellegrini GRINOVER, que considera ser a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta da Lei 8.884/94 de transação. **O Termo de Ajustamento de Conduta no Âmbito da Defesa da Concorrência**, p. 193. Como se verá com maiores detalhes no item 3.3, o Direito Administrativo dispõe de variados acordos administrativos, cada qual com funcionalidade e regime diferenciados. É inviável, portanto, afirmar uma natureza comum a todos os instrumentos consensuais positivados, o que, inclusive, seria um limitador à dinâmica consensual. Quanto mais sujeitar os acordos administrativos à disciplina civilista, cujo instrumento da transação civil se destina a questões próprias do sistema civil. Vale transcrever o art. 844, cujo teor deixa evidente a aderência da transação civil às questões específicas deste ramo do Direito:

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

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

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

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

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

²⁹⁶ Sabino CASSESE aponta duas razões para a passagem do ato para o processo no Direito Administrativo: (i) reconhecimento pela jurisprudência administrativa de que a atividade administrativa era eminentemente seqüencial (ato trâmite – ato final) ao diferenciar ato preparatório de ato final para fins de impugnação por vício e (ii) influência dos estudos da ciência jurídica que apontaram para a diferença entre as decisões próprias das organizações privadas (não reguladas) e da Administração Pública, cujo procedimento prévio é intensamente normatizado. **Las Bases del Derecho Administrativo**, p. 250. Vasco Pereira da SILVA, por sua vez, apresenta quatro razões para a denominada *crise do ato administrativo*: (1) o modelo de Administração Pública em que se verificou a construção teórica do ato administrativo já não mais existe; (2) o ato administrativo perdeu seu papel de protagonista com a manifestação da atividade administrativa por meio de outras formas, como os contratos; (3) o ato administrativo integra um quadro mais vasto de relação jurídico-administrativa, qual seja, o processo administrativo; (4) afastamento da definitividade da executoriedade do domínio da recorribilidade pelo constituinte português (esse último canal mais específico ao caso lusitano). **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**, p. 5.

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

Primeiramente, o processo administrativo permite *uniformizar* o tratamento dogmático de toda a atividade administrativa²⁹⁷ e, assim, superar dificuldades jurídicas comuns a diversos órgãos e entes da Administração que eram resolvidas de distintas formas, em prejuízo aos direitos dos administrados. Nesse sentido foram editadas leis gerais de processo administrativo no Brasil (no âmbito federal, Lei 9.784/99) com vistas à uniformização da atividade administrativa para equanimidade dos limites aos poderes detidos pelas autoridades administrativas em prol da garantia dos direitos dos administrados²⁹⁸.

Reconhecer o *dinamismo da atuação administrativa* implica verificar que poucas decisões administrativas hoje podem ser consideradas *one shot*²⁹⁹. A tomada de decisões pela Administração Pública não se esgota em um único ato, mas resulta da confluência de diversos momentos integrados e direcionados para a consecução do ato final, ou seja, resulta da própria lógica processual³⁰⁰.

Segundo Odete MEDAUAR,

“na concepção atual, o processo administrativo configura meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo. Além disso, propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir, sobre os indivíduos, os seus efeitos, permitindo verificar, por conseguinte, como se realiza a tomada de decisões; e assim contribui

²⁹⁷ Vasco Pereira da SILVA, **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**, p. 303.

²⁹⁸ Conforme Carlos Ari SUNDFELD, o grande impacto da elaboração de lei geral de processo administrativo “foi impor um regime universal quanto a certos problemas ou questões jurídico-administrativos que se repetem nos diversos órgãos e entes (por exemplo: a formalização de decisões, a divulgação de atos, a apresentação de recursos, a aplicação de sanções, a anulação de atos, a expedição de certidões, a apuração de denúncias etc.)”. **Processo e Procedimento Administrativo no Brasil**, p. 25.

²⁹⁹ Segundo Sabino CASSESE, “ninguna decisión es one shot: esto es, ninguna decisión se agota en un solo acto”. **Las Bases del Derecho Administrativo**, p. 249.

³⁰⁰ Ao dispor sobre o controle judicial no sistema norte-americano das decisões administrativas, Ernest GELLHORN e Ronald M. LEVIN terminam por expor o método de decisão administrativa: “to understand the complex assortment of administrative law doctrines on judicial review, one must begin with the realization that most administrative decisions result from a series of determinations on the agency’s part. Typically, an agency starts by interpreting the law it is supposed to implement; it finds facts about the situation it will address; and it uses discretion in applying the law to the factual situation that it has found to exist. Each of these types of determinations calls for a different kind of inquiry by a reviewing court”. **Administrative Law and Process in a Nutshell**, p. 73-74.

para conferir-lhe maior grau de objetividade. Como contraponto à visão estática da atividade administrativa, corresponde à noção atomista do ato, se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu 'formar-se' e nos seus vínculos instrumentais³⁰¹.

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

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

Também é no âmbito do processo administrativo que se efetiva a *participação administrativa*. O caráter *organizativo* do processo administrativo é valorizado pela participação no processo administrativo, pois este consiste no mecanismo institucionalizado de levar os interesses à Administração Pública para que esta proceda ao *arbitramento de interesses* e, assim, conforme a atuação administrativa³⁰².

Importa ressaltar o viés transformador da inserção da discricionariedade no processo administrativo ante a compreensão da atividade administrativa como o próprio processo administrativo. Concomitantemente à colocação de novos questionamentos a respeito do novel-clássico instituto da discricionariedade administrativa, constata-se o delineamento de um novo balizamento da discricionariedade mais propenso à legitimidade em detrimento do poder e à publicidade em detrimento do foro íntimo decisório, sem isso

³⁰¹ O **Direito Administrativo em Evolução**, p. 224.

³⁰² Cf. por todos Floriano Azevedo MARQUES NETO, **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 123 e ss.

implicar no afastamento da função garantística, então reforçada com a percepção da relação entre direitos fundamentais e processo administrativo.

Cabe salientar, ainda, que a eficiência do procedimento condiciona-se à presença da discricionariedade administrativa³⁰³. Partindo do pressuposto de que o desempenho-ótimo da função administrativa relaciona-se à flexibilidade do seu exercício, tem-se que o processo administrativo pormenorizado consiste, no fim, em um contrasenso ao alcance da decisão administrativa eficiente, i.e., proporcional e adequada às especificidades da situação *in concreto*³⁰⁴. Nesse sentido, a possibilidade de escolha dos instrumentos de ação estatal, verdadeira discricionariedade no âmbito processual, também propicia eficiência³⁰⁵.

A decisão administrativa constrói-se na dinâmica processual. Caracterizado pela sucessão de atos administrativos conjugados e harmonizados à decisão administrativa final, o processo administrativo pode ser visualizado como o ambiente de construção da decisão administrativa, pois a função organizativa do processo administrativo confere racionalidade à formação da manifestação administrativa. Ademais, como cada momento processual corresponde a um ato administrativo específico, e partindo do pressuposto de que a motivação consiste em uma das condicionantes de validade do ato administrativo, tem-se, além da ampla motivação da decisão final, detido estudo acerca da melhor decisão a ser tomada levando em consideração as especificidades da situação concreta.

Assim, superado o paradigma do ato na ação administrativa e compreendido o papel primacial do processo administrativo na satisfação das competências públicas, desloca-se o foco da consensualidade do acordo administrativo para o processo no qual o ato consensual será celebrado³⁰⁶. Reconhece-se, assim, a atuação administrativa como a realização de processo administrativo³⁰⁷, e não propriamente da edição de ato ou acordo administrativo, de forma que a atuação consensual necessariamente deve ser considerada no *iter* procedimental. Como consequência, os acordos administrativos celebrados no

³⁰³ “No plano da Administração, a possibilidade de uma conformação mais ou menos eficiente do procedimento coloca-se nas zonas de discricionariedade administrativa”. João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, **O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares**, p. 135.

³⁰⁴ Cf. art. 2º, *parágrafo único*, inciso IX, da Lei 9.784/99: “adoção de forma simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”.

³⁰⁵ Floriano Azevedo MARQUES NETO, **Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulação Setorial**, p. 574.

³⁰⁶ Cf. Vasco Manuel Pereira da SILVA, **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**, p. 134 e ss.

³⁰⁷ Odete MEDAUAR, **Administração Pública: do ato ao processo**.

contencioso judicial pela Administração Pública não serão objeto de análise nesta dissertação, embora sejam residualmente analisados em passagens pontuais da análise.

Em suma, a conceituação proposta de atuação administrativa consensual justifica-se para fins metodológicos, para delimitação do objeto de estudo nesta dissertação. Deve-se ter em vista que essa noção mais restrita de atuação consensual do Poder Público determina *regime jurídico mínimo e dinâmica* de formalização deveras diferenciados – interessante notar que acordos judiciais e intragovernamentais, bem como contratos administrativos estão excluídos do conceito.

2.4. Viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar

A pergunta estruturante da atuação administrativa consensual pode assim ser formulada: *a Administração Pública pode transacionar?* Esta indagação propõe a investigação da viabilidade jurídica de a Administração Pública celebrar acordos administrativos para satisfazer as finalidades públicas em detrimento da atuação calcada na autoridade estatal, formalizada em atos administrativos imperativos e unilaterais.

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

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

identificação das funcionalidades que as mesmas assumem na ciência do Direito Administrativo.

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

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

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

Isso se deve fundamentalmente ao fato de a tradição do Direito Administrativo encontrar-se estruturada sobre determinados lugares-comuns a partir dos quais se processa a construção teórica do Direito Administrativo. Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público correspondem a estes lugares-comuns do Direito Administrativo brasileiro, tomados quase como verdade absoluta em sua recente tradição, a partir dos quais se erige a teoria deste ramo do Direito e, assim, são delineados os institutos

de direito administrativo, bem como a funcionalidade que os mesmos desempenham ao sistema.

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

Dada a relativa abertura à consensualidade, a proposta da dissertação de mestrado é colocar em questionamento a assertiva de que as atividades administrativas devem prioritariamente se valer das prerrogativas públicas³⁰⁸. Nesse ponto, coloca-se a questão de fundo da presente dissertação de mestrado: *há necessária relação entre prerrogativas públicas e atuação administrativa?*

O item parte do contato direto com o caso da arbitragem, no qual houve intenso debate sobre a viabilidade jurídica de a Administração Pública submeter-se ao juízo arbitral, inclusive com a presença de argumentos de resistência fundados nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. A reconstrução desse debate travado no âmbito do Tribunal de Contas da União, um dos principais órgãos de controle externo da Administração que detém dentre outras competências o dever de garantir a legalidade, elucida a discussão que se construiu no Direito Administrativo brasileiro a partir da década de 1990 sobre a projeção da atuação administrativa consensual. Dessa forma, embora a questão da viabilidade jurídica de a Administração transacionar tenha sido originalmente posta no tema da arbitragem, deve-se salientar que ela concerne aos instrumentos consensuais que vinculam a Administração Pública à decisão bilateral³⁰⁹ como um todo, pois concerne à forma negociada se satisfação das finalidades públicas. Na sequência, procede-se à análise crítica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como preceitos oponíveis à atuação administrativa consensual para, então, verificar a competência administrativa em transacionar.

³⁰⁸ Ressalte-se que a disponibilidade das prerrogativas públicas é relativamente assente na doutrina brasileira de Direito Administrativo. Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 60 e ss. O que se questiona com maior profundidade é o estreito relacionamento entre o poder público e as atividades administrativas.

³⁰⁹ Esse tipo de questionamento não se apresenta, portanto, nos casos de participação administrativa, dado que seus mecanismos – como as audiências e consultas públicas – são meramente indicativos, sem gerar qualquer grau de vinculação da Administração ao conteúdo da decisão final unilateral.

2.4.1. O caso paradigmático da arbitragem

Considerada como um acordo consensual em sentido amplo, a arbitragem é reconhecida como uma das principais exteriorizações da consensualidade na prática do Direito Administrativo. São diversas as disposições normativas prevendo a adoção da arbitragem pela Administração Pública para solução de seus conflitos, como na Lei 8.987/95³¹⁰, Lei 11.079/04³¹¹, Lei 10.848/04³¹², Lei 10.438/02³¹³, Lei 11.442/07³¹⁴, Lei 11.668/08³¹⁵, Lei 11.909/09³¹⁶, Lei 10.233/01³¹⁷ e Lei 9.478/99³¹⁸, além da própria Lei 9.307/96, a Lei da Arbitragem.

³¹⁰ Art. 23-A. “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

³¹¹ Art. 11. “O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os Parágrafos 3 e 4 do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III – o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

³¹² Art. 4º, § 6º. “As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo”.

³¹³ Art. 4º, § 5º. “A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela Aneel e observará as seguintes regras:

IV - a homologação da recomposição tarifária extraordinária será condicionada a pedido do interessado e à certeza, correção e consistência das informações a serem prestadas à Aneel e por ela elencadas e verificadas, inclusive as relativas a eventuais reduções de custos durante o racionamento ou decorrentes de interpretação, explicitação e revisão de estipulações contratuais, que serão objeto de declarações, compromissos, termos aditivos e transações entre as partes, em especial no que concerne à parcela das despesas de que cuida o art. 2º não alcançada por repasse aos consumidores e aos excedentes dos contratos iniciais e equivalentes, nos termos de resolução da Aneel, observadas as diretrizes previstas no § 9º;

V - para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da Aneel, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel;

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

³¹⁴ [Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas]

Art. 19. “É facultado aos contratantes dirimir seus conflitos recorrendo à arbitragem”.

³¹⁵ Art. 4º. “São cláusulas essenciais do contrato de franquia postal, respeitadas as disposições desta Lei, as relativas:

(...)

XII - ao foro e aos métodos extrajudiciais de solução das divergências contratuais”.

³¹⁶ [Dispõe sobre o transporte de gás natural]

Art. 21. “O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

(...)

Em razão de vantagens como flexibilidade, tecnicidade e celeridade – largamente consideradas inerentes ao instituto da arbitragem –, este é de longa data um relevante mecanismo de gestão pública, tendo a Administração colecionado relevante experiência no emprego do instituto para dirimir seus conflitos, notadamente aqueles que se relacionam à execução de contrato de concessão. Pesquisas apontam que as primeiras experiências relativas ao emprego da arbitragem pela Administração Pública remontam aos contratos de concessão de serviço público firmados entre empresas estrangeiras e o Governo imperial, sob a égide do Código Comercial de 1850³¹⁹.

XI - as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

Art. 24. A concessionária deverá:

(...)

III - submeter à aprovação da ANP a minuta de contrato padrão a ser celebrado com os carregadores, que deverá conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996;

Art. 48. Os contratos de comercialização de gás natural deverão conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo, inclusive, prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

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

³¹⁷ Art. 34-A. “As concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infraestrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infraestrutura, terão caráter de exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência e no respectivo edital. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

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

§ 2º O edital de licitação indicará obrigatoriamente:

XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem”;

³¹⁸ Art. 43. “O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”.

³¹⁹ Selma LEMES, **Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica**, p. 63. A autora relata que a arbitragem era disciplinada pelo Decreto 3.900/1867 e prevista como uma das cláusulas essenciais dos contratos de concessão pelo Decreto 7.959/1880, sob forte influência do modelo europeu, o que logicamente se explica em razão de as concessionárias do serviço público serem empresas européias, já ambientadas com o instituto da arbitragem. Dentre as experiências da Administração Pública no uso da arbitragem relacionadas pela autora, destacam-se os contratos de concessão da estrada de ferro Jundiaí – Campinas, da estrada de ferro Santos – Jundiaí (São Paulo Railway) e o contrato celebrado entre a Repartição Geral dos Telégrafos e a empresa *The Western Telegraph Co.* p. 64-66. Mais recentemente, a pesquisadora Suzana Domingues MEDEIROS aponta que o Decreto 15.783/1922, que regulamentou o Código de Contabilidade da União, previa em seu art. 775, §1º, como cláusula essencial dos contratos firmados pela Administração federal com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro a declaração do foro nacional brasileiro competente para dirimir controvérsias nesses contratos. Ainda, a Lei 5.662/1971, que transformou o Banco de Desenvolvimento Nacional em empresa pública, autorizou o ente

Segundo a redação original do Decreto-Lei 2.300/86, que disciplinou as licitações e contratos administrativos até a edição da Lei 8.666/93, era expressamente vedado o emprego de juízo arbitral pela Administração Pública:

Art. 45. Parágrafo único. Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, vedada a instituição de juízo arbitral.

Não tardou muito para que a vedação expressa ao emprego da arbitragem constante no parágrafo único do art. 45 do Decreto-Lei 2.300/86 fosse retirada do ordenamento jurídico. Assim se procedeu com o advento do Decreto-Lei 2.348/87 que, dentre tantas modificações trazidas ao Decreto-Lei 2.300/86, inseriu novo parágrafo ao art. 25 e conferiu nova redação ao parágrafo único do art. 45 para autorizar a utilização da arbitragem pela Administração Pública nos contratos financiados por organismos multilaterais de crédito e nos casos de aquisição de equipamentos fabricados e entregues no exterior:

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

Art. 45. Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral.

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

administrativo a realizar operações bancárias no exterior com vistas ao desenvolvimento nacional e, assim, acatar cláusulas usuais nos contratos internacionais. Por meio do Decreto-Lei 1.312/74, a autorização foi, então, estendida a toda a Administração Pública. **Arbitragem Envolvendo o Estado no Direito Brasileiro**, p. 75.

Uma interessante peculiaridade acerca da arbitragem na Administração Pública brasileira corresponde ao fato de este instrumento consensual estar tradicionalmente atrelado aos contratos administrativos internacionais, desde as primeiras arbitragens no império até mais recentemente com o Decreto-Lei 2.300/86. Constatase que a arbitragem não integrava até pouco tempo atrás a cultura brasileira, sendo um instrumento consensual previsto no ordenamento jurídico nacional por influxo de demandas internacionais para propiciar maior segurança jurídica aos investimentos e, conseqüentemente, diminuir os custos de transação. Em outros termos, a arbitragem, a princípio, foi utilitaristamente prevista para viabilizar o desenvolvimento econômico nacional e as negociações internacionais envolvendo a Administração Pública.

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

Com a nova lei de licitações e contratações públicas – a Lei 8.666/93, que revogou expressamente o Decreto-Lei 2.300/86 –, a arbitragem na Administração perdeu seu permissivo legal³²⁰, dando margem a ampla discussão doutrinária acerca do cabimento do instrumento consensual mediado para dirimir controvérsias em contratos administrativos internacionais, conforme o regime jurídico anterior. Ademais, a previsão de aplicação supletiva dos princípios e da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado

³²⁰ Os preceitos normativos do Decreto-Lei 2.300/86 foram substituídos pelo art. 55, §2º, e pelo art. 32, §6º, da Lei 8.666/93, de seguinte redação:

“Art. 32, § 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

(...)

Art. 55, § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei”.

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

no *caput* do art. 54 da Lei 8.666/93 ensejou uma segunda ordem de discussão, não menos relevante, preocupada em identificar no preceito permissivo genérico à Administração para se submeter à arbitragem em qualquer contrato administrativo.

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

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

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

Diante dos impasses sobre o cabimento da arbitragem com a supressão do permissivo genérico pela edição da Lei 8.666/93, o Ministério de Minas e Energia formulou consulta ao TCU (decisão 286/93) quanto à possibilidade jurídica de adoção do juízo arbitral para solucionar eventuais conflitos sobre o preço dos contratos firmados entre a Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF) e fornecedores de materiais e mão-

de-obra. Nessa oportunidade, o TCU firmou entendimento de que a arbitragem não pode ser empregada pela Administração Pública em seus contratos administrativos, pois (i) o instrumento consensual não é expressamente previsto na Lei 8.666/93, (ii) a adoção da arbitragem nos contratos administrativos ofende os princípios gerais de direito público, especialmente os da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público e, por fim, (iii) o contrato administrativo é regido pelas normas de direito público, sendo vedada a aplicação de institutos de natureza privada que colidam com os princípios da Administração Pública, como se verifica com a arbitragem. Trata-se de verdadeiro *leading case* no âmbito deste órgão de controle, pois na decisão 286/93 foi firmado o exposto entendimento até hoje prevalecente, além de outros acórdãos e decisões proferidos pelo TCU recorrentemente se reportarem ao mesmo.

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

Em relação à possibilidade de a Administração estabelecer convenção de arbitragem com a supressão da autorização normativa nos casos envolvendo contratos administrativos internacionais, o TCU considerou ser esta hipótese inviável, pois a arbitragem, instrumento excepcional no Direito Administrativo, caberia tão somente nos casos em que a lei assim expressamente determinasse³²¹. Também o TCU entendeu não ser cabível o emprego da arbitragem nos contratos administrativos em geral na medida em que o emprego do juízo arbitral para dirimir conflitos administrativos afrontaria diversos princípios:

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

³²¹ Nos termos da manifestação da Unidade Técnica: “*Tal supressão da autorização expressa para o uso do juízo arbitral nas pendências atinentes aos contratos antes referidos no § 13 do art. 25 do Decreto-lei nº 2.300/86 e, hoje, no §6º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, longe de sugerir que, pelo disciplinamento atual seria cabível o juízo arbitral nos contratos administrativos, mostra que, ao contrário, essa hipótese foi, de plano, refutada pelo legislador do novo Estatuto, até porque, se posta fosse sua intenção, ele (legislador) decerto teria introduzido na lei dispositivo consignando ser admissível o juízo arbitral nos contratos por ela disciplinados ou enumerando as hipóteses em que isto seria cabível*”. Decisão 286/93.

vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem”.

Quanto à viabilidade jurídica de emprego da arbitragem pela Administração Pública em razão da aplicabilidade dos princípios da teoria geral dos contratos administrativos e as disposições de direito privado previstas no art. 54 da lei 8.666/93, o TCU, por meio da manifestação da Unidade Técnica, entendeu de forma negativa, pois o instrumento consensual em comento ofenderia os princípios gerais de direito público ao se projetar sobre os contratos administrativos³²².

A primeira manifestação do TCU acerca da viabilidade jurídica de a Administração Pública submeter-se ao juízo arbitral após a edição da Lei 9.307/96 (lei da arbitragem) e da Lei 8.987/95 (lei de concessões), ambas com permissivos genéricos para adoção da arbitragem, se deu no acórdão 584/03. Na ocasião, o TCU analisou representação formulada pela Associação Nacional dos Engenheiros e por Parlamentares contra possíveis irregularidades praticadas pela empresa pública Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE), vinculada ao Ministério de Minas e Energia, dentre as quais se destaca a impropriedade quanto à disponibilidade temporal das usinas, dispensa indevida de licitação, cláusulas contratuais indevidas prevendo a arbitragem e seu sigilo, critério de seleção de empresas e reajuste dos contratos vinculados à variação cambial.

Depois de afirmar a natureza pública dos contratos questionados, que versavam sobre serviço público de energia elétrica de exclusividade do Estado (art. 21, XII, CF), o TCU suprimiu a cláusula compromissória por ausência de previsão legal que autorizasse o juízo arbitral. O TCU entendeu pela inaplicabilidade da Lei 9.307/96 por caracterizar o serviço de energia elétrica como indisponível, nos seguintes termos:

“Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que estava sofrendo os efeitos do racionamento de

³²² “(...) não obstante a previsão legal de que aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54 da Lei nº 8.666/93 e art. 44 do revogado Decreto-lei nº 2.300/86, que na se referia expressamente aos princípios da teoria geral dos contratos), isso em nada muda nossa conclusão pela inviabilidade legal da adoção do juízo arbitral em contratos da espécie, isso porque a eventual suplementação das normas de direito público por normas de índole privada, só pode ter lugar até e enquanto cogitadas normas de direito público se harmonizem com os princípios e postulados básicos de direito público, coisa que efetivamente não ocorre no caso presente”. *Idem, ibidem.*

*energia. E conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado*³²³”.

O TCU também afastou a aplicação da Lei 8.987/95, primeiramente porque os contratos em pauta não serem propriamente contratos de concessão e, em segundo lugar, porque a redação do art. 23, inciso XV, que determina a estipulação nos contratos de concessão do foro e modo amigável de solução das divergências contratuais não concerne à arbitragem³²⁴. O mesmo destino deu-se à MP 29/02, convertida na Lei 10.433/02. Na medida em que os contratos haviam sido celebrados entre CBEE e produtores independentes, a operação não fora realizada no âmbito do mercado atacadista de energia (MAE), razão pela qual a cláusula compromissória carecia de autorização legal, conforme deliberou o TCU. O entendimento de não cabimento da arbitragem nos contratos administrativos por falta de amparo legal foi corroborado no acórdão 537/03, que reexaminou o acórdão 584/03 em pauta.

No acórdão 1271/05, prolatado com base em relatório de auditoria realizada pelo Secex-RS nas obras de recuperação de trecho rodoviário da BR-153/RS, o TCU confirmou a sua orientação no sentido de ausência de previsão legal para contratos administrativos em geral estipularem cláusula compromissória³²⁵, mesmo com a edição da Lei 9.307/96:

“Este tem sido, de fato, o entendimento predominante nesta Corte de Contas, que fundamenta sua crítica à previsão de arbitragem nos contratos administrativos na inexistência de expressa autorização legal

³²³ Consta na decisão 584/03 extenso parecer da Secex sobre a questão da disponibilidade dos direitos envolvidos, o qual fora acatado pelo TCU, cuja reprodução de certos trechos ajudam a elucidar a decisão do órgão: “(...) nos termos da Lei 9.307, de 23/09/96, [a arbitragem] é aplicável apenas a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, individuais, sobre os quais os titulares têm direito de disposição, o que não é o caso do contrato, onde o bem tutelado é a energia elétrica emergencial, de interesse coletivo. (...) Como empresa pública comercializadora de energia elétrica, não caberia à CBEE, em caso de conflito com o particular, abrir mão da composição da lide no Judiciário. Os bens de uma empresa pública não pode, ser considerados disponíveis, já que, em última instância, o responsável por quaisquer ressarcimentos ao particular será sempre o contribuinte, a partir da majoração dos encargos tributários”.

³²⁴ “No que se refere à Lei 8.987/95, o responsável cita o seu art. 23. O inciso XV desse artigo estabelece que os contratos de concessão deverão definir o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais. Além do contrato celebrado pela CBEE com os produtores independentes não ser um contrato de concessão, a definição de foro e modo amigáveis nada tem a ver com a resolução de conflitos via arbitragem”. Acórdão 1271/05.

³²⁵ Também nesse sentido o acórdão 1099/06 do TCU, que concretamente determinou ao DNIT que “em futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se de incluir cláusulas editalícias e contratuais prevendo a adoção de juízo arbitral para a resolução de eventuais conflitos, a exemplo dos itens 24 a 26 do Aviso de Licitação nº 396/2000, ante a ausência de previsão legal e à **afronta a princípios de direito público**” (grifei).

*para tanto, sem a qual não pode o administrador público, por simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação*³²⁶.

No entanto, tendo em vista o posicionamento do STF no RE 248.869³²⁷, no sentido de considerar indisponíveis os direitos conforme a importância que eles tenham para a sociedade ao invés da natureza da relação jurídica na qual estejam compreendidos, o TCU compreendeu que o entendimento sobre o tema ainda não se encontrava consolidado, determinando o arquivamento do processo sem supressão da cláusula compromissória.

O tema da arbitragem envolvendo a Administração Pública já é pacificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF)³²⁸, que entende pelo cabimento do instituto desde o caso Lage (Agravo de Instrumento 52.181/STF)³²⁹, considerado o *leading case* no qual se reconhece a possibilidade de a Administração Pública submeter-se a cláusula compromissória de arbitragem. Nessa medida, o TCU passou a não mais restringir a aplicabilidade no instituto no âmbito do Poder Público tendo em vista o posicionamento favorável dos Tribunais Superiores à resolução amigável de controvérsias administrativas.

O caso da arbitragem no âmbito do TCU traz uma questão subjacente fundamental ao tema da consensualidade administrativa: *a Administração Pública pode transacionar?* Responder a essa pergunta predica enfrentar duas perguntas preliminares, também identificadas na jurisprudência do TCU sobre arbitragem: (i) existem instrumentos legais

³²⁶ *Idem, ibidem*. Reproduz-se outra passagem da mesma decisão: “[p]oder-se-ia pensar que tal problema não mais existiria após a adoção da Lei 9.307/1996, que, ao dispor sobre a arbitragem, introduz, verdadeiramente o instituto no direito positivo brasileiro. No entanto, este Tribunal em julgado na 2ª Câmara sobre processo envolvendo contratos em que a Comercializadora Brasileira de Energia Elétrica – CBEE firmava com produtores independentes de energia, entendeu que o art. 1º da referida Lei, ao estabelecer que a via arbitral estava aberta aos detentores de direitos patrimoniais disponíveis, retirava os contratos administrativos da esfera de incidência de suas disposições”.

³²⁷ Rel. Min. Maurício Corrêa, 2003.

³²⁸ Cf. REsp 954.065/STJ. Rel. Min. Ari Pargendler, 2008; MS 11.308/STF. Rel. Min. Luiz Fux, 2008; REsp 606.345/STJ. Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2007.

³²⁹ AI 52.181/STF. Rel. Min. Bilac Pinto, 1975. No contexto da II Guerra, a União incorporou bens e direitos das Organizações Lage por meio do Decreto-Lei 4648/42, com fundamento na defesa nacional. Foi instituída comissão, presidida pelo Procurador-Geral da República, para proceder à avaliação da indenização devida. O relatório resultante da referida comissão foi transformado no Decreto-Lei 7.024/44. Todavia, os bens não incorporados seriam restituídos ao espólio da Organização Lage mediante manifestação de vontade dentro do prazo estipulado para tanto, que, porém, não foi exteriorizada. Foi, então, determinada a hasta pública, mas o advogado Levi CARNEIRO propôs a adoção de juízo arbitral para determinar o valor indenizatório. O então Ministro da Fazenda Themístocles Brandão CAVALCANTI proferiu parecer favorável nos seguintes termos: “[p]or outro lado, ainda me parece digna a solução arbitral, com as alterações que proponho em anexo”. O Decreto-Lei 9.521/46 formalizou o compromisso arbitral, determinando que a União pagaria pela incorporação o valor consignado em sentença arbitral. Com o posterior questionamento do juízo arbitral pela União, os espólios ajuízam ações para garantir o recebimento da indenização determinada pela arbitragem. Levada ao STF, por unanimidade os Ministros do Supremo negaram provimento ao recurso interposto pela União para afirmar a constitucionalidade e legalidade do juízo arbitral.

para que a Administração transacione? e (ii) há direitos patrimoniais disponíveis na Administração Pública? Ou seja, reconhece-se uma atividade privada administrativa?

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

Quanto à primeira característica da jurisprudência do TCU sobre arbitragem – legalidade estrita e consensualidade – o órgão de controle externo determina que a atuação administrativa consensual apenas caberia nas hipóteses expressamente previstas em lei. O raciocínio é extraído a partir da *ratio decidendi* segundo a qual não caberia o juízo arbitral nos contratos administrativos por ausência de previsão legal para tanto, como se evidencia na Lei 8.987/95 (art. 23-A) e na Lei 10.433/02. Dessa forma, o Tribunal desconsidera qualquer forma de permissivo genérico para a adoção de instrumentos negociados (no caso, a arbitragem), restando a atuação administrativa consensual vinculada à expressa determinação legal.

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

A primeira manifestação do TCU a respeito da existência de direitos patrimoniais disponíveis na Administração Pública foi fortemente reativa. O TCU posicionou-se contrário à arbitragem na Administração Pública no acórdão 286/93, pois a adoção de

instrumentos consensuais incorreria em afronta aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Tal vertente sintetiza as resistências teóricas que se insurgiram contra a adoção de fórmulas negociadas no âmbito da atividade administrativa, especialmente orientadas pelos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

A análise da jurisprudência do TCU sobre um específico instrumento consensual (a arbitragem) demonstra como os debates sobre a consensualidade colocam-se no panorama do Direito Administrativo brasileiro. Paralelamente às discussões teóricas, a atuação administrativa consensual incita discussões mais concretas passadas especialmente nos órgãos de controle pela óbvia razão de esses órgãos serem os responsáveis pela garantia da legalidade no cumprimento das competências administrativas. Os instrumentos consensuais têm amparo legal? A adoção de técnicas negociadas pela Administração Pública afronta os princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público? Essas foram as principais questões relacionadas à consensualidade enfrentadas pelo TCU a partir do mecanismo da arbitragem, que se posicionou de forma bastante refratária, dando mãos fortes aos argumentos de resistência aos instrumentos consensuais pautados nos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

2.4.2. Análise crítica dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

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

O *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* – ou simplesmente *princípio da supremacia* – consiste no principal fator de legitimação das prerrogativas públicas, sendo emblemático ao Direito Administrativo brasileiro, cuja construção teórica hoje mais difundida toma-o como um princípio estruturante do sistema jurídico-administrativo. Originado no sistema francês, o princípio da supremacia foi incorporado ao Direito Administrativo brasileiro por meio das obras de Pimenta BUENO e Themístocles Brandão CAVALCANTI no início do século XX³³⁰ e, desde então,

³³⁰ Gabriel de Araújo LIMA, *Teoria da Supremacia do Interesse Público: crises, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal*, p. 124.

apresenta-se forte na teoria administrativista, principalmente após a publicação do artigo *Regime Jurídico Administrativo e seu Valor Metodológico*, de Celso Antônio Bandeira de MELLO, no qual o autor se investe a construir uma teoria do Direito Administrativo a partir de dois pilares mestres, quais sejam, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público³³¹. Com a edição do *Elementos de Direito Administrativo* e, mais tarde, do *Curso de Direito Administrativo* (atualmente na 26ª edição), onde o artigo foi incorporado no capítulo inaugural, a teoria é enfim sedimentada no Direito Administrativo brasileiro e largamente reproduzida por toda uma geração de publicistas.

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

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

Não se pode perder de vista que o princípio da supremacia consiste em uma *construção teórica*, desenvolvida por estudiosos do Direito Administrativo com a finalidade de apresentar uma proposta de sistematização do regime administrativo. O significado do princípio deve ser compreendido dentro de suas próprias limitações, sem que seja erigido à categoria de dogma do Direito Administrativo na medida em que seu conteúdo e método de aplicação se relacionam à teoria que o respalda. A ausência de

³³¹ **Curso de Direito Administrativo**, p. 55 e ss.

previsão normativa³³² faz com que as diretrizes de aplicação do princípio da supremacia sejam questionáveis, principalmente no que tange à abrangência de seu conteúdo para alcançar as atividades negociais da Administração Pública, além de suscitar dúvidas sobre a existência de tal princípio.

O atual panorama do princípio da supremacia é marcado por contestações teóricas acerca da forma de compreensão deste princípio no sistema jurídico-administrativo, bem como de sua aplicação prática para resolução de conflitos entre interesses, que denotam o declínio deste princípio como elemento central do Direito Administrativo. Questiona-se a validade do critério ditado pelo princípio da supremacia em estabelecer *aprioristicamente* o interesse a prevalecer em todos os casos concretos, desconsiderando outros interesses legítimos que podem se apresentar (interesses privados) e que, por meio da ponderação de interesses, poderiam prevalecer no caso concreto³³³. De forma mais incisiva, questiona-se inclusive a existência de um princípio de supremacia do interesse público no ordenamento jurídico³³⁴.

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

Anunciado como um dos pilares do regime jurídico-administrativo ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público³³⁵ pela primeira vertente explicitada, o princípio da supremacia se reveste de especial força legitimadora das prerrogativas públicas detidas pela Administração Pública, então parametrizadas pela noção de interesse público. Sob essa perspectiva, as prerrogativas públicas decorreriam inexoravelmente do

³³² Assim como Floriano de Azevedo MARQUES NETO, nega-se a existência de princípios implícitos no ordenamento jurídico brasileiro. **Discricionariedade e Regulação Setorial – o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial**, p. 571 e ss.

³³³ Cf. Gustavo BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 96 e ss.

³³⁴ Cf. Humberto ÁVILA, **Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado**.

³³⁵ Cf. Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 55

princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado³³⁶. Dessa forma, depreende-se que a força do valor metodológico conferido ao princípio da supremacia do interesse público por essa primeira corrente do Direito Administrativo legitimaria a conferência de poderes exorbitantes implícitos à Administração Pública, poderes esses verticalmente oponíveis aos particulares em dada relação administrativa. O princípio da supremacia seria por si só suficiente para consagrar o rol de prerrogativas conferidas à Administração Pública³³⁷.

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

O panorama de fragmentação de interesses percebido na atual configuração do Estado coloca à Administração Pública a função de arbitadora dos interesses que devem prevalecer no caso concreto, de forma motivada e observadas as especificidades que cada caso envolve³³⁸. No âmbito da atividade consensual da Administração Pública, deve-se reconhecer ao lado da referida função de arbitramento dos interesses também a *função de*

³³⁶ “Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos e nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito”. Hely Lopes MEIRELES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 44. Ainda o administrativista: “[d]ada a prevalência do interesse geral sobre os individuais, inúmeros privilégios e prerrogativas são reconhecidos ao Poder Público”. *Idem*, 2006, p. 104. Para Diógenes GASPARINI, “a Administração Pública e administrado não estão no mesmo pé de igualdade ou no mesmo nível. Dessa desigualdade ou supremacia da Administração Pública decorrem privilégios que devem ser levados em conta por ocasião de qualquer exegese. Sempre que conflitarem os interesses públicos e os particulares, estes cederão àqueles. A vontade do Estado ou o interesse público prevalecente sempre que contraposto ao querer do particular ou ao interesse público, respeitados, por certo, os direitos que o ordenamento jurídico lhe assegura”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 26.

³³⁷ Alice Gonzalez BORGES, por sua vez, traz argumento utilitarista para defesa da decorrência das prerrogativas públicas a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Segundo a administrativista, “quando o direito administrativo faz da supremacia do interesse público – isto é, a habitual (mas não absoluta, nem eterna) prevalência do querer valorativo majoritário dos integrantes da sociedade – o (único) fundamento e justificativa para o exercício das chamadas prerrogativas de potestade pública, é para manter o mínimo de estabilidade e ordem necessárias para a vida em sociedade”, **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?**, p. 152-153.

³³⁸ “[O] princípio da supremacia do interesse público, parece-nos, deve ser aprofundado de modo a adquirir a feição da prevalência dos interesses públicos e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos (v.g., aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual); (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais”. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 165.

composição desses interesses, por meio da qual a Administração busca harmonizar os interesses em conflito seja entre os particulares, seja em relação ao próprio Poder Público. Essa dinâmica é facilmente perceptível no exemplo da mediação de interesses entre regulados e usuários de serviço público no âmbito de processo adjudicatório conduzido por uma determinada Agência Reguladora. Também se nota a função de composição de interesses no caso de processo de outorga, no qual os interesses da Administração e do pretense autorizatário são harmonizados e exteriorizados no ato de autorização cujo conteúdo fora consensualmente delimitado.

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

Primeiramente, não é possível extrair da sociedade fragmentada um interesse unívoco – o interesse coletivo –, definível previamente à situação concreta para prevalecer em abstrato sobre qualquer conflito administrativo que possa ser verificado³³⁹. Existe uma pluralidade de interesses legítimos igualmente merecedores de tutela jurídico e, nessa linha, cada caso envolverá determinados interesses para arbitramento ou composição pela Administração Pública tendo em vista as circunstâncias práticas e jurídicas deduzidas no processo administrativo. A definição *ex ante* do interesse a prevalecer abstratamente em qualquer situação de conflito envolvendo a Administração Pública vai de encontro à própria finalidade do Direito Administrativo consistente na garantia dos direitos dos administrados contra a autoridade estatal. Todos os interesses constatados no caso concreto devem ser objeto de ponderação para que a Administração Pública determine, racionalmente e de forma motivada, o interesse que deve prevalecer em detrimento dos demais. Tratando-se da ação administrativa consensual, tais interesses podem ser harmonizados para celebração de acordos administrativos, quando a Administração irá utilizar a função de composição de interesses.

Quanto à compreensão do interesse público como aquele declarado pelo Estado (o “*toque de Midas*”), que implicaria na prevalência *a priori* do interesse estatal de acordo com o princípio da supremacia, deve-se assinalar sua total incompatibilidade com a atuação administrativa consensual. Se assim fosse reconhecido, haveria um impedimento originário de celebração de acordos administrativos pela Administração, pois invariavelmente o interesse exarado pelo Poder Público prevaleceria e, assim,

³³⁹ *Idem*, p. 74 e ss.

impossibilitaria qualquer forma de negociação em torno do exercício das prerrogativas públicas. Além da existência de uma pluralidade de interesses consagrados na sociedade, a valorização do cidadão tanto na ponta da atuação administrativa na categoria de destinatário do ato quanto na formação do provimento administrativo, com sua participação direta no processo, impede que a vontade estatal seja reconhecida como interesse público a prevalecer em detrimento dos demais interesses.

Por fim, há a questão da insuficiência do princípio da supremacia na fundamentação do provimento administrativo³⁴⁰, o que não implica afirmar que o princípio não mais possa ser enunciado na motivação do ato administrativo, mas que o trabalho da Administração com o mesmo deve ser explicitado no processo, com a demonstração do raciocínio empregado para delimitar o interesse público.

Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público, pelo contrário, segundo esse argumento a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo. O ponto está em considerar não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre Administração e administrado no âmbito do processo, no qual haja negociação da prerrogativa pública (imperativa). Tendo em vista os possíveis efeitos positivos da consensualidade – como a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos, bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta –, é importante que se reconheça o ato consensual como a própria expressão do interesse público.

Dessa forma, admitindo-se o valor metodológico do princípio da supremacia, a negociação de prerrogativas públicas para celebração de acordos administrativos pela Administração não afronta o referido princípio, pois (i) o ato consensual pode ele próprio ser considerado o interesse público perseguido pelo Estado e (ii) a funcionalidade do princípio da supremacia corresponde à legitimação de limitação a direitos individuais, bem como de conferência de prerrogativas exorbitantes ao Estado, de forma que essa função não impede a celebração de acordos pela Administração. Porém, a concepção mais

³⁴⁰ Sobre os riscos da fundamentação restrita à invocação de princípios, cf. Carlos Ari SUNDFELD, **Princípio é Preguiça?** (*mimeo*).

tradicional do princípio da supremacia não se coaduna com a dinâmica consensual na medida em que tolhe o exercício da função de composição de interesses pela Administração. O princípio da supremacia não contém valor metodológico na seara da consensualidade, pois (i) o cenário de fragmentação social e da conseqüente pluralidade de interesses impede o reconhecimento de um interesse público uniforme na sociedade e definível em abstrato, (ii) o interesse estatal mais corresponde ao interesse público, se é que alguma vez houve tal identidade, e (iii) é insuficiente a fundamentação do provimento administrativo pelo princípio da supremacia, sendo imprescindível a explicitação do processo administrativo do critério para determinar a prevalência de um interesse em detrimento de outros.

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

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

Conforme o at. 9º da Lei 9.784/99 (Lei federal de Processo Administrativo), inc. II, são considerados interessados aqueles que tenham direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada ao final do processo administrativo. Eventualmente, a decisão consensual pode incidir sobre a esfera de direitos e interesses de outras pessoas que não figurem originariamente como parte no processo em tramitação, razão pela qual estes

indivíduos devem ser integrados ao processo de negociação sobre os termos do ato consensual. Reconhece-se o direito destas pessoas em participar do momento deliberativo do processo administrativo para garantia de seus direitos e interesses, embora restritas aos termos que irão ter eficácia *extra partes*. Em termos pragmáticos, essa medida restringe futuro questionamento administrativo com a instauração de novo processo administrativo nos termos do art. 5º da Lei 9.784/99 e, ainda, pode evitar a judicialização do instrumento consensual MS pelo terceiro que se sentir prejudicado. Estende-se essa consideração para também abranger organizações e associações representativas nos casos em que o objeto de negociação envolver direitos e interesses coletivos ou coletivos (inc. III e IV do art. 9º, Lei 9.784/99).

Estrategicamente, a Administração Pública poderá chamar organizações e associações representativas para também negociar os termos do ato consensual, mesmo que a decisão consensual não afete diretamente seus direitos e interesses. Assim como no caso antecedente, essa medida tende a evitar possíveis questionamentos administrativos ou judiciais por parte dessas entidades, além de promover maior abrangência do objeto da negociação e efetividade à solução negociada. Trata-se, assim, de uma forma de prezar pelos efeitos positivos da consensualidade, diminuindo os riscos de que a medida consensual seja esvaziada³⁴¹. Todavia, a integração dessas pessoas ao processo administrativo pode comprometer a celeridade própria dos instrumentos consensuais, minando a eficiência da consensualidade, razão pelas qual a Administração deve não apenas estar segura sobre as vantagens em transformar a negociação bilateral em plurilateral, mas delimitar os termos que serão negociados plurilateralmente e os demais que permanecerão de deliberação bilateral.

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

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

³⁴¹ Essa prática se verifica, por exemplo, no Direito Ambiental, onde organizações não-governamentais são chamadas a integrar as negociações e a modelagem do ato consensual.

Segundo a formulação teórica mais difundida no Direito Administrativo brasileiro sobre o princípio da indisponibilidade, o interesse público que a Administração tem por obrigação tutelar corresponderia ao interesse de toda a coletividade, formado pela junção da parcela pública projetada por cada indivíduo na sociedade. A Administração estaria, assim, incumbida de garantir interesse de terceiro – o interesse público de titularidade do Estado –, que não lhe pertence. Não sendo o interesse público de propriedade administrativa, a Administração não teria livre disposição sobre o interesse público, ou seja, não seria a vontade do administrador que direcionaria a função administrativa com vistas à satisfação do interesse público, mas sim a finalidade legal³⁴².

De acordo com essa tese, a celebração de acordos administrativos iria de encontro ao dever de tutela do interesse público na medida em que a Administração seria impedida pelo princípio da indisponibilidade de negociar o interesse público, ou seja, dispor do interesse de toda a coletividade. Uma vez que a negociação pressupõe a propriedade do objeto da transação, bem como autonomia de vontade para ditar as concessões recíprocas próprias do processo de negociação, a Administração estaria proibida de celebrar acordos administrativos na medida em que se encontra vinculada à finalidade legal, razão pela qual também não haveria de se falar em autonomia da vontade na seara administrativa.

O princípio da indisponibilidade é recorrentemente considerado nos textos jurídicos que versam sobre a atuação consensual da Administração Pública, na grande maioria dos casos como um possível óbice à celebração de acordos administrativos a ser enfrentado³⁴³. Porém, é no tema da arbitragem que se nota maior esforço para conceituar e contornar o princípio da indisponibilidade. Isso se deve basicamente ao fato de a Lei 9.307/96 (lei da arbitragem) definir a arbitrabilidade objetiva³⁴⁴ como “*direitos patrimoniais disponíveis*”

³⁴² Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 73-74. Para uma análise mais detida sobre o princípio da indisponibilidade, cf. Capítulo I desta dissertação de mestrado.

³⁴³ Nos textos que versam sobre a consensualidade é comum verificar um item destinado à análise do princípio da indisponibilidade do interesse público, quando não o artigo inteiro se volta ao estudo do referido princípio à luz da consensualidade. Cf. Rita TOURINHO, **O Ato de Improbidade Administrativa de Pequeno Potencial Ofensivo e o Compromisso de Ajustamento**, Carlos Alberto Sobral d SOUZA, **Da Transação e da Indisponibilidade do Interesse Público** e Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES, **Acordos Administrativos e Judiciais**.

³⁴⁴ A arbitrabilidade objetiva consiste no objeto transacionável, ao contrário da arbitrabilidade subjetiva que corresponde à capacidade da pessoa em transacionar, sendo largamente compreendida como “*os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles conceitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição para praticar atos da vida civil, tais como alienar, vender etc.*”. Selma LEMES, **Arbitragem na Administração Pública**, p. 124,

em seu art. 1º, *caput* ³⁴⁵. Ademais, a restrição do emprego da arbitragem pela Administração Pública pelo TCU, porque incompatível com o princípio da indisponibilidade, como demonstrado na pesquisa de jurisprudência do órgão de controle, força o trabalho com a indisponibilidade por esses autores.

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

Assim como procedido no princípio da supremacia do interesse público, é necessário asseverar que o princípio da indisponibilidade corresponde a uma *construção teórica* que reproduz particular forma de compreensão do regime jurídico-administrativo, i.e, um modo de sistematizar suas normas, institutos e práticas. Embora princípios como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público sejam enaltecidos como dogmas do Direito Administrativo, é necessário colocá-los em questionamento e analisá-los imparcialmente, especialmente quanto à aplicabilidade prática de tais construções teóricas, pois resultam do trabalho intelectual de juristas sem previsão normativa expressa.

Ao discorrer sobre a influência dos livros de referência no Direito Administrativo, Carlos Ari SUNDFELD assim constata:

“O mais que esses livros contém é discurso, na língua que identifica o administrativista e que ele usa para debater os casos novos. São idéias gerais, frases, expressões e palavras sobre o mundo da administração pública. É daí que os profissionais, independentemente do lado que defendam, tiram os argumentos para tentar convencer os outros a aceitarem suas conclusões”³⁴⁶.

Dessa forma, um ponto preliminar à análise do princípio da indisponibilidade do interesse público como impeditivo à celebração de acordos pela Administração está em verificar a sua qualidade de efetivo princípio do Direito Administrativo. Está em

³⁴⁵ *In verbis*: “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

³⁴⁶ **Para Entender o Direito Administrativo** (mimeo). Nessa mesma linha, o autor mostra que “uma característica dos livros de referência, onde se aprendem as coisas básicas sobre qualquer área do Direito, é que o estilo oculta a sua principal função: a de caixa de ferramentas. O estilo é o da exposição sistemática, científica, em que classificações e conceitos se encadeiam, tudo pressupondo coerência e certeza. O Direito desses livros não comporta, em si, soluções opostas para uma mesma dúvida. Os alunos passam por isso tudo, fazem de conta que acreditam, mas, quando viram profissionais, o que querem desses livros são argumentos, para usar nos casos que têm de resolver ou discutir. Aí, as afirmações dos livros, devidamente extraídas e cortadas, viram ferramentas para resolver problemas pragmáticos, na medida do necessário”. *Idem, ibidem*.

compreender qual a sua previsão normativa e qual a sua extensão na prática do Direito Administrativo para respaldar ações administrativas e restringir práticas outras que impliquem em disponibilidade do interesse público.

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

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

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

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

Nega-se, portanto, a compreensão do princípio da indisponibilidade como um impeditivo da consensualidade na Administração Pública. O principal fundamento para

tanto consiste na ausência de previsão normativa do princípio, seja para dispor sobre sua conceituação jurídica, seja para obrigar a Administração Pública a se vincular ao princípio da indisponibilidade. Trata-se efetivamente de uma construção teórica de limitado significado para a ação administrativa. Nessa medida, a imprecisão conceitual do princípio reforça a dificuldade prática em ser aplicado, corroborando a impossibilidade de o princípio em comento ser colocado como um impeditivo à atuação administrativa consensual.

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

O entendimento da indisponibilidade do interesse público como *indisponibilidade da finalidade legal* consiste na interpretação de maior sofisticação teórica, segundo a qual é o interesse público, e não a vontade do administrador, que direciona a atuação administrativa. Caberia ao gestor público tão somente explicitar o interesse público já estabelecido em lei formal e conformar a atividade administrativa de forma a satisfazer o interesse público depreendido do comando legal. Uma vez satisfeita a finalidade legal, o interesse público estaria, enfim, tutelado pela Administração Pública³⁴⁷. Ocorre que a atuação administrativa consensual não confronta a exposta interpretação, principalmente porque os acordos administrativos não são antitéticos ao interesse público; por vezes, correspondem à própria expressão do interesse público. Ademais, são os acordos administrativos instrumentos para satisfação das finalidades públicas, inclusive as finalidades setoriais (mais específicas, como a universalização no setor de telecomunicações), ao lado dos demais instrumentos compreendidos no regime administrativo, como os atos imperativos e unilaterais.

Quanto à segunda interpretação da indisponibilidade do interesse público – *indisponibilidade do dever de agir* pela Administração –, exige-se que a autoridade administrativa tome medidas para satisfazer o interesse público, de forma que sua inação, ou ação a destempo, seria uma transgressão ao princípio da indisponibilidade³⁴⁸.

³⁴⁷ Ao dispor sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público, Celso Antônio Bandeira de MELLO assim sintetiza: “[e]m suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 74.

³⁴⁸ Odete MEDAUAR, **Direito Administrativo em Evolução**, p. 70.

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

A *indisponibilidade de bens e serviços públicos*, que caracteriza a terceira concepção do princípio em pauta, não se aplica propriamente à temática da consensualidade conforme o recorte metodológico da consensualidade que esta dissertação adota (negociação de prerrogativas públicas entre Administração Pública e administrado no âmbito do processo administrativo com vistas à celebração de acordos administrativos)³⁴⁹. Onofre Alves BATISTA JR., que se pauta nesta noção de princípio da indisponibilidade para tecer sua análise sobre transações administrativas e direitos disponíveis, indica que a disponibilidade de um específico interesse público no caso concreto não importa em afronta ao princípio da indisponibilidade, desde que haja expressa previsão legal para tanto e o resultado consensual seja mais eficaz ao atingimento do interesse público que o ato unilateral³⁵⁰.

Por fim, o princípio da indisponibilidade é compreendido como *indisponibilidade das competências administrativas*, inclusive das *prerrogativas públicas*. No que tange às prerrogativas públicas, o princípio da indisponibilidade do interesse público impediria a renúncia total ou parcial de seus poderes³⁵¹. Em outros termos, as prerrogativas públicas, em princípio, não poderiam ser afastadas no caso concreto, devendo ser obrigatoriamente utilizadas no desenvolvimento da atividade administrativa para satisfação do interesse público.

Tida até então como um princípio implícito no ordenamento jurídico, a indisponibilidade do interesse público passou a ter expressa previsão normativa segundo uma corrente doutrinária com o advento da Lei 9.784 em 29 de janeiro de 1999 – a lei

³⁴⁹ Lúcia Valle FIGUREIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 68.

³⁵⁰ *Transações Administrativas*, p. 510.

³⁵¹ Conforme Hely Lopes MEIRELLES, “*dele* [princípio da supremacia do interesse público] *decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou renúncia*”. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 103.

federal de processo administrativo³⁵². Seu substrato normativo corresponderia ao art. 2º, parágrafo único, inciso II, de seguinte redação:

Art. 2º, parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

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

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

Depreende-se do preceito legal que a Administração Pública não pode *declinar de seus poderes*³⁵³. À Administração Pública seria defeso (i) *renegar* peremptoriamente as prerrogativas por meio de declaração em qualquer instrumento jurídico cabível ou (ii) deixar de empregar *imotivadamente* as prerrogativas quando do desenvolvimento da atividade administrativa, qualquer que seja sua forma (basicamente, ato ou contrato administrativo). Esse tema também voltará à análise na segunda parte da dissertação.

Conforme analisado na primeira parte da dissertação, as prerrogativas públicas são eminentemente *instrumentais*, o que significa dizer que elas consistem em instrumentos de trabalho colocados à disposição da Administração Pública para viabilizar ou otimizar a ação administrativa para satisfação das finalidades públicas. Enquanto tradução do poder

³⁵² Cf. Diógenes GASPARINI, **Direito Administrativo**, p. 18.

³⁵³ Segundo Manuel Maria DIEZ, “[p]uede ocurrir que el titular puede ejercerlas [potestades] o no, pero la pérdida no depende de su voluntad. Podrá renunciarlas en algunos casos, mas no con referencia a su competencia general, sino respecto a algunas condiciones o cualidades que determinan ciertas atribuciones particulares”. **Derecho Administrativo**, p. 216.

administrativo, há um esforço doutrinário de legitimação das prerrogativas públicas pela sua afetação à tutela do interesse público, à garantia da supremacia do interesse público ou à melhor consecução dos fins públicos pela Administração. As prerrogativas públicas seriam, assim, instrumentos de tutela do interesse público, garantia da supremacia do interesse público e da eficiência administrativa.

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

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

Não se trata de endossar a máxima “*os fins justificam os meios*”, mas asseverar que a gestão pública é complexa e rica em variáveis, de forma que se deve superar barreiras teóricas que por tradição repousam no Direito Administrativo brasileiro para que técnicas mais eficientes de administração e mesmo mais proporcionais possam efetivamente interagir na dinâmica da ação administrativa. Dentre tais barreiras, ao lado dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, lista-se o argumento de que a Administração deve necessariamente empregar suas prerrogativas públicas. Inexiste

qualquer previsão em abstrato que obrigue a Administração a fazer uso de suas prerrogativas públicas, razão pela qual, a princípio, as prerrogativas podem ser dispostas no caso concreto sem que a Administração incorra em renúncia de suas competências administrativas. Não poderá, porém, nos casos de vinculação, quando a norma impuser a obrigatoriedade de uso das prerrogativas públicas ou se a norma vedar a atuação consensual³⁵⁴.

Depreende-se do preceito legal simplesmente que a Administração Pública não pode declinar de seus poderes³⁵⁵. À Administração Pública é defeso (i) renegar peremptoriamente as prerrogativas por meio de declaração em qualquer instrumento jurídico cabível ou (ii) deixar de empregar imotivadamente as prerrogativas quando do desenvolvimento da atividade administrativa, qualquer que seja sua forma (basicamente, ato ou contrato administrativo).

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

Mais relevante em determinar se o princípio da indisponibilidade restringe a atuação administrativa consensual é tentar estabelecer os objetos que podem ser transacionados pela Administração Pública³⁵⁶.

Ainda dentro do debate sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a atuação administrativa consensual, poderia ser delimitado o campo da consensualidade a partir da dicotomia *interesses públicos primários* – *interesses públicos secundários*, que

³⁵⁴ É a hipótese do art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 (lei de improbidade administrativa), *in verbis*: “é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”.

³⁵⁵ Segundo Manuel Maria DIEZ, “[p]uede ocurrir que el titular puede ejercerlas [potestades] o no, pero la pérdida no depende de su voluntad. Podrá renunciarlas en algunos casos, mas no con referencia a su competencia general, sino respecto a algunas condiciones o cualidades que determinan ciertas atribuciones particulares”. **Derecho Administrativo**, p. 216.

³⁵⁶ As hipóteses em que a Administração Pública pode transacionar relacionam-se ao princípio da legalidade. Cf. Item 5.2.

correspondem respectivamente aos interesses da coletividade e aos interesses individuais do Estado, como pessoa jurídica de direito público³⁵⁷. Sendo os interesses públicos secundários instrumentais à satisfação dos primários, poder-se-ia argumentar que a consensualidade apenas incidiria sobre os interesses públicos secundários; se os interesses públicos primários fossem objeto de acordos administrativos, haveria disponibilidade do interesse público.

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

A classificação dos atos administrativos em atos de império e de gestão se origina no Conselho de Estado francês com a finalidade de diferenciar atos regidos pelo Direito Administrativo daqueles outros disciplinados pelo Direito Privado, para, assim, estabelecer a competência do Conselho de Estado³⁵⁸. Essa classificação, da mesma forma que significativa parcela dos institutos e entendimentos do Direito Administrativo francês, foi transplantada ao Brasil e teve razoável recepção até que a prática demonstrou a dificuldade em apartar os atos de organização administrativa daqueles imbuídos de imperatividade que repercutem sobre a esfera de direitos dos administrados, respectivamente, atos de gestão e atos de império. Some-se a isso a unidade de jurisdição recepcionada pela Constituição de 1988, o que torna inócua no Brasil a dicotomia atos de gestão – atos de império, há muito

³⁵⁷ Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 65-67.

³⁵⁸ José CRETELLA JR. descreve uma origem política da classificação dos atos administrativos em atos de império e atos de gestão. Após a Revolução Francesa, diversas ações de indenização foram ajuizadas contra o Estado para ressarcimento dos prejuízos decorrentes do exercício do poder de polícia. “*Nessa difícil conjuntura econômico-político-jurídica, auxiliado pelos doutrinadores, o Legislativo elaborou, como remédio de equilíbrio social, em caráter de urgência, um preceito legal, de construção puramente cerebrina, feito sob medida para o caso, por meio do qual era vedado ao Judiciário tomar conhecimento dessas demandas, visto faltar-lhe competência ratione materiae. (...) Desse modo, contrariando o brocardo nemo iudex in sua causa potest, a Administração, parte e juiz da contenda, passou a decidir como lhe convinha, não reconhecendo o direito dos prejudicados e julgando conforme o interesse do Estado francês*”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 204. Como medida de garantia das ações estatais implementadas pelos revolucionários franceses, a dicotomia atos de império – atos de gestão contribuiu para que apenas estes pudessem ser apreciados pelo Poder Judiciário, com reserva de competência do Conselho de Estado para decidir sobre conflitos relacionados aos atos de gestão, nos quais a Administração atua em semelhança aos particulares.

já reconhecida pela doutrina administrativista³⁵⁹. Tendo em vista essas considerações, é errôneo afirmar que a Administração pode transacionar nas situações que envolvam atos de gestão, enquanto a consensualidade estaria vedada nas hipóteses que ensejem a prática de atos de império pela Administração Pública.

Outro critério que poderia ser indicado para estabelecer em quais situações a Administração Pública poderia transacionar, sem incorrer em indisponibilidade do interesse público, corresponde aos *direitos patrimoniais disponíveis*, nos termos do já mencionado art. 1º da Lei 9.307/96. A par da má redação legislativa pela estipulação da arbitrabilidade objetiva a partir do impreciso termo “*disponível*”, a mencionada expressão alude aos direitos com expressão pecuniária que sejam regidos por um regime jurídico peculiar que determina procedimentos específicos para serem manejados, afastando-se o regime comum, como é o caso dos bens públicos afetados e dos direitos de personalidade. Nesses casos, exige-se previsão normativa também específica para que bens e direitos dessa natureza possam ser transacionados.

No entanto, o critério do direito patrimonial disponível é limitado, aplicando-se somente em pontuais casos de arbitragem envolvendo a Administração Pública. Nos demais instrumentos consensuais, tal critério não se aplica porque, além de ser deveras restritivo da potencialidade da atuação administrativa consensual, ele mostra-se inviável nas situações de negociação das prerrogativas públicas como nos acordos integrativos e substitutivos ou mesmo na arbitragem nas concessões, cujas Leis 8.987/95 e 11.079/04 não exigem o critério do direito patrimonial disponível, sendo a arbitragem cabível em qualquer conflito decorrente ou relacionado ao contrato.

Nesse contexto, em alguns artigos são apresentadas tentativas de compatibilização da atividade consensual da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ao tratar do tema da transação judicial envolvendo o Poder Público, Carlos Alberto Sobral de SOUZA indica que os seguintes elementos devem ser observados para que o acordo judicial seja válido: a Administração Pública deve necessariamente ser figurar como contratante na ação judicial, a transação cabe apenas em juízo após parecer favorável do Ministério Público, o acordo deve ser homologado pelo juiz da Vara da

³⁵⁹ “A distinção em atos de império e atos de gestão é, entretanto, infundada, e não abrange todos os que a administração pratica. Não há uma linha divisória nítida que separe as duas pretendidas categorias. E é certo que a maior parte dos atos praticados pela administração nem se enquadra na primeira, nem na segunda delas”. Mário MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 170.

Fazenda Pública e, ainda, a Administração deve observar os princípios do art. 37, *caput*, da Constituição (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), bem como os princípios da continuidade do serviço público, da proporcionalidade, da razoabilidade, da motivação e da isonomia³⁶⁰. Sobre a mesma questão, Mauricio Cramer ESTEVES dispõe ser cabível a transação administrativa no âmbito judicial quando houver decisão de primeiro grau condenatória e cujo valor da causa não exceda trinta salários mínimos, valor esse que corresponde ao limite para dispensa de expedição do precatório³⁶¹. Ainda, Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES defende a transação se esta fundamentar-se em parecer jurídico favorável e a conclusão do parecer demonstrar a impossibilidade ou a remota possibilidade êxito do recurso nas instâncias superiores³⁶².

As teses apresentadas demonstram a imprecisão conceitual sobre o conturbado tema da consensualidade administrativa. Embora o ponto comum das orientações reproduzidas seja a transação de direitos patrimoniais pela Administração Pública em juízo, nota-se a profunda divergência dos posicionamentos. A pergunta de fundo, porém, remanesce: sobre o quê a Administração Pública está autorizada a transacionar?

Determinados objetos, por estarem diretamente relacionados com a atividade negocial da Administração Pública, são afirmados com maior margem de conforto como transacionáveis. Trata-se daqueles objetos que podem ser compreendidos na *atividade privada da Administração*, a qual a nova lei do mandado de segurança (Lei 12.016/09) designou *atos de gestão comercial*.

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

³⁶⁰ **Da Transação e da Indisponibilidade do Interesse Público**, p. 1046.

³⁶¹ **Da Possibilidade e dos Limites da Transação em Processos Judiciais por Parte do Poder Público Municipal**, p. 300.

³⁶² **Acordos Administrativos e Judiciais**, p. 6681 e ss.

economia mista. Também os litígios relacionados aos contratos administrativos podem, de acordo com essa justificativa, ser transacionados pela Administração Pública.

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

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

A princípio, não há objeto que não possa ser transacionado no âmbito do Direito Administrativo, ressalvados os casos em que por expressa previsão normativa seja defeso à Administração negociar sobre um determinado direito³⁶³, como no exemplo já mencionado da Lei de Improbidade Administrativa. Mesmo as prerrogativas públicas, em especial a prerrogativa imperativa, podem ser negociadas pela Administração com os administrados diretamente interessados no provimento final, dado o correspondente caráter instrumental. Segundo Luciano Parejo ALFONSO,

“O sentido desta regra de modo algum pode ser vinculado ao velho dogma da insuscetibilidade da negociação sobre o objeto da potestade administrativa, sob pena de incorrer no absurdo da contradição total com o resto da regulação de que toma parte, com o resultado de inutilização absoluta desta. A introdução da figura da terminação consensual supõe que a admissão da negociação sobre o objeto das

³⁶³ “Por tanto, la regla en cuestión no viene sino a excluir como objeto lícito de los actos administrativos consensuales aquella concreta materia que, conforme a su regulación jurídica (cuya densidad, es decir, grado de desarrollo, puede ser variable), resulte, expresa o implícitamente, insusceptible de negociación y acuerdo. Dicho positivamente, delimita como objeto lícito aquéllas materias cuya regulación jurídica ni prohíba expresamente, ni deba entenderse – en sede interpretativa y por sus mismas características – que excluye la forma alternativa a la actividad unilateral de que se trata”. **Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Administrativo**, p. 31-32.

Direitos pecuniários, potestade sancionadora e atos de autorização são, portanto, exemplos de objetos plenamente transacionáveis pelo Poder Público. Essa interpretação mostra-se plausível na medida em que o princípio da indisponibilidade do interesse público não caracteriza impeditivo à atuação administrativa consensual, conforme demonstrado neste trabalho.

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

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

³⁶⁴ No original, “[e]l sentido de esta regla en modo alguno puede ser vinculado al viejo dogma de la insusceptibilidad de la negociación sobre el objeto de la potestad adminisrativa, so pena de incurrir en el absurdo de la contradicción total con el resto de la regulación de que forma parte, con resultado de la inutilización absoluta de ésta. La introducción misma de la figura de la terminación convencional supone la admisión de la negociación sobre el objeto de las potestades administrativas: la definición en el caso del interés público concreto”. *Idem*, p. 30.

Capítulo III – MODELO DE CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

3.1. Abertura normativa à consensualidade – 3.1.1. O estágio inicial: acordos ambientais e desapropriação amigável – 3.1.2. Reformas consensuais e processo – 3.1.3. Agências Reguladoras e a regulação consensual – 3.2. O modelo de consensualidade no Direito Administrativo brasileiro – 3.2.1. – Os instrumentos consensuais e suas funcionalidades – 3.2.1.1. Acordos substitutivos – 3.2.1.2. Acordos integrativos – 3.3. Termos de compromisso não consensuais – 3.4. Métodos alternativos de solução de conflitos

A identificação do modelo de consensualidade recepcionado pelo Direito Administrativo brasileiro passa pela investigação das normas que prevejam os instrumentos da atuação administrativa consensual. Como diretriz primeira da atuação administrativa, a legalidade determina que a análise do exercício das competências pela Administração tome como necessário objeto de estudo o plano normativo. Na medida em que a Administração encontra-se vinculada ao bloco de legalidade – ora de forma negativa, ora de forma positiva –, mapear os tipos de acordos recepcionados pelo ordenamento jurídico e as funcionalidades que os mesmos desempenham no caso brasileiro é certamente uma etapa obrigatória de qualquer pesquisa sobre a atuação administrativa consensual.

No cenário de Direito Comparado, especialmente nos países tradicionalmente filiados ao sistema do *civil law*, discussões acerca do modelo de consensualidade vigente no sistema jurídico de cada Estado são recorrentes e, em certa medida, bastante avançados. A busca pela identidade da consensualidade passa pelo registro da forma de previsão dos acordos administrativos, das finalidades que os mesmos desempenham na gestão pública e dos tipos de acordos celebrados pela Administração Pública, com claro esforço de sistematização e classificação dos acordos.

A proposta deste item é cotejar esses tópicos de pesquisa no plano do Direito Administrativo brasileiro, com atenção às peculiaridades próprias deste sistema jurídico. Para tanto, o objeto de análise será a *legislação brasileira*. Passo posterior à fundamentação teórica dos acordos na Administração, importa analisar como a consensualidade tem sido recepcionada pelo Direito concreto.

Tentarei reconstruir a abertura do Direito Administrativo à consensualidade por meio da análise do movimento de ampliação dos acordos administrativos no plano normativo. O trabalho consistirá na sistematização temporal dos acordos administrativos que paulatinamente foram positivados, no qual será possível verificar momentos de maior abertura normativa à consensualidade, assim como setores mais receptivos aos mecanismos consensuais.

Por fim, o capítulo se encerra com a descrição do atual panorama da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro, com atenção aos seguintes aspectos: (i) modelo de previsão normativa dos acordos administrativos; (ii) matérias amparadas pela consensualidade; (iii) instrumentos consensuais vigentes; (iv) funcionalidades dos instrumentos consensuais listados e (v) obrigações cominadas nos acordos administrativos.

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

3.1. Abertura normativa à consensualidade

3.1.1. O estágio inicial: acordos ambientais e desapropriação amigável

Conforme já se assinalou ao longo do trabalho, a consensualidade não é fenômeno recente no Direito Administrativo brasileiro, como comprova o instituto da desapropriação amigável previsto no Decreto-Lei 3.365/41, que disciplina o processo de desapropriação

ordinária³⁶⁵. Segundo o seu art. 10, *caput*, o acordo celebrando entre Administração expropriante e expropriado quanto ao valor da indenização prévia e justa finda o processo de desapropriação, resultando na aquisição originária da propriedade pela Administração. No entanto, caso as partes não cheguem a um consenso sobre o valor da indenização, a Administração poderá ajuizar ação de desapropriação para arbitramento judicial no prazo de cinco anos a partir da expedição do decreto expropriatório.

Além do acordo administrativo disciplinado no art. 10, *caput*, o Decreto-Lei 3.365/41 ainda autoriza a transação judicial no processo de desapropriação acerca do preço em seu art. 22. Assim, se as partes alcançarem um preço satisfatório a ambas, o juiz encerrará o processo judicial com sentença homologatória proferida no despacho saneador.

É de se notar que até a década de 1980, porém, as normas dispositivas de acordos entre Administração Pública e administrados eram pontuais, resumindo-se à mencionada desapropriação amigável administrativa ou judicial e ao Decreto 94.764/87 na matéria ambiental³⁶⁶.

O Decreto 94.764/87 alterou a Lei de Política Nacional (Lei 6.938/81) e a Lei de Estações Ecológicas e Área de Proteção Ambiental (Lei 6.902/81) para que ambos passassem a prever a possibilidade de a autoridade ambiental competente para aplicar sanção de multa celebrar termo de compromisso com o infrator, por meio do qual a multa poderia ser reduzido em até 90% do seu valor original. Para tanto, este se comprometeria a adotar medidas específicas para “*cessar e corrigir a degradação ambiental*”.

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

³⁶⁵ Decreto-Lei 3.365/41, art. 10, *caput*: “A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de 5 (cinco) anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido 1 (um) ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração”.

³⁶⁶ O Decreto 94.764/87 foi revogado pelo Decreto 99.274/90.

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

O panorama muda significativamente na década de 1990, quando se verifica a efetiva abertura normativa à consensualidade por duas vertentes: aumento quantitativo da previsão dos acordos administrativos e ampliação do rol de setores cuja disciplina jurídica passou a prever a atuação administrativa consensual. Embora esse processo seja intensificado a partir da primeira metade de 2000, notadamente por conta do exercício do poder normativo pelas Agências Reguladoras para construir o seu arcabouço regulatório, é certamente no período da década de 1990 que o plano normativo do Direito Administrativo sinaliza a ascensão da consensualidade no exercício da função administrativa.

3.1.2. Itinerário da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro

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

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

De fato, a recorrente preocupação com a eficácia dos provimentos ganha força na década de 1990 e se projeta como relevante pauta de alteração de leis processuais civis, penais e administrativas. Tomada em sentido amplo, a consensualidade passou a ser

considerada como mecanismo de promoção das almejadas celeridade e eficácia das decisões processuais e, nessa medida, determinou diversas reformas legislativas para positivação de termos de compromisso, termos de ajustamento de conduta, mediação, conciliação e arbitragem.

A Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais, pode ser apontada como o exemplo mais representativo dos debates que se intensificaram na década de 1990 em torno da funcionalidade do processo³⁶⁷.

Com a finalidade de conferir agilidade ao trâmite processual³⁶⁸, a Lei 9.099/95 determinou um desenho processual simplificado, próprio para lidar com as causas cíveis de menor complexidade e as infrações penais de menor potencial ofensivo³⁶⁹. Prazos reduzidos, facultatividade da assistência jurídica por advogado em determinadas hipóteses, execução imediata e proibição da intervenção de terceiros são algumas das principais estratégias processuais empregadas na Lei 9.099/95 com vistas à redução do tempo de trâmite de lides consideradas simples pelo legislador. Ao lado destas peculiaridades processuais, a lei dos juizados especiais também apostou em dois instrumentos potenciais à promoção da economia processual, quais sejam, a *conciliação* e a *transação penal*.

No que tange aos Juizados Especiais Cíveis, o art. 21 da Lei 9.099/95 impõe ao juiz o dever de apresentar as vantagens da conciliação às partes em litígio quando da abertura da sessão de julgamento, antes de proferir a sentença. Ademais, a lei determina um amplo manejo da conciliação, a qual pode ser conduzida por juiz togado ou leigo, assim como por um conciliador orientado por aquele (art. 22).

A transação penal, instrumento consensual próprio dos Juizados Especiais Criminais, é prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, podendo ser proposta pelo Ministério

³⁶⁷ Ao analisar os efeitos da criação dos Juizados Especiais Criminais pela Lei 9.099/95, Márcio Franklin NOGUEIRA assim considera sobre a projeção da consensualidade no processo penal: “[c]om a edição da Lei 9.099/95 o sistema jurídico brasileiro abriu-se às posições e tendências contemporâneas por uma concreta efetivação da norma penal. Embora mantendo o princípio da legalidade como norte do sistema processual penal, abriu-se espaço ao princípio da oportunidade e ao consenso. Instaurou-se no Direito Brasileiro um Nov tipo de Justiça Criminal, dita ‘de consenso’, ou ‘negociada’”. **Transação Penal**, p. 111-112.

³⁶⁸ A proposta de celeridade processual fica evidente no art. 2º da Lei 9.099/95, de seguinte redação: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

³⁶⁹ São consideradas causas cíveis de menor complexidade, nos termos do art. 3º da Lei 9.099/95, aquelas cujo valor não exceda quarenta vezes o salário mínimo, as listadas no art. 275, inciso II, do CPC, a ação de despejo para uso próprio e as ações possessórias sobre bens imóveis envolvendo a quantia de até quarenta salários mínimos. Por sua vez, as infrações penais de menor potencial ofensivo correspondem às contravenções penais e aos crimes com pena privativa de liberdade máxima de dois anos (art. 61).

Público no início do processo penal com a finalidade de encerrar pela via do acordo o processo, com economia de tempo e de custos. A lei dos juizados especiais restringe o conteúdo destes acordos à substituição do procedimento penal pela aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multas, com limitada discricionariedade, evidenciada somente na especificação da proposta unilateral pelo Ministério Público. Uma vez aceita a proposta, o processo conduzido no âmbito dos Juizados Especiais Criminais encerra-se sem importar em reincidência ou em registro nos antecedentes criminais³⁷⁰.

Posteriormente, os instrumentos consensuais conciliação e transação judicial passaram a ter sede constitucional com a edição da emenda constitucional 22/99, que acrescentou parágrafo único ao art. 98 para determinar a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal³⁷¹. Como resultado da constitucionalização desses acordos judiciais, pode-se mencionar ascensão do debate em torno da celeridade processual e seus mecanismos correlatos ao nível constitucional, especialmente os consensuais, até então circunscritos à esfera infraconstitucional.

Nessa toada, em 2001 foi editada a Lei 10.259, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, com aplicação subsidiária dos dispositivos da Lei 9.099/95. A Exposição de motivos da referida lei demonstra, além da forte influência que a Lei 9.099/95 exerceu para sua criação, novamente a preocupação com a celeridade processual e, conseqüentemente, com os mecanismos propulsores de procedimentos hábeis a conferir rápida resposta à sociedade³⁷². Importa ressaltar que o

³⁷⁰ As únicas limitações da transação penal foram fixadas pela própria Lei 9.099/95, em seu art. 76, §2º. De acordo com o preceito legal, a transação penal não poderá ser celebrada nas hipóteses em que o réu tenha sido condenado por sentença definitiva à pena privativa de liberdade ou tenha celebrado acordos judiciais penais nos últimos cinco anos ou em que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como as circunstâncias de fato, não ensejem a proposta de transação penal. Como se nota, embora a transação penal possa formalmente ser compreendida como um acordo judicial paritário, a dinâmica de decisão estabelecida pela lei 9.099/95 dá continuidade à verticalidade das ações negociadas do Estado, dado que a proposta unicamente pode ser apresentada pelo Ministério Público e seus termos são estipulados unilateralmente pelo ente, cabendo ao réu somente aceitar ou rechaçar os termos da transação penal.

³⁷¹ A emenda constitucional n.º 45/04 conferiu nova redação e numeração ao art. 98 da CF. De acordo com a atual redação do art. 98, “a União, no Distrito Federal e nos Territórios, os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a **conciliação**, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a **transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau” (grifei).

³⁷² Vale transcrever a seguinte passagem da exposição de motivos da Lei 10.259/01: “a emenda constitucional n.º 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 9.099/95”.

parágrafo único do art. 10 dessa lei autoriza a Administração Pública federal direta e indireta a conciliar, transigir ou desistir nos processos julgados nos Juizados Especiais federais.

Um outro dado significativo a respeito das alterações legislativas motivadas pelos debates sobre a consensualidade em sentido amplo, na qualidade de mecanismo de eficiência processual, concerne à edição de sucessivas leis que modificaram o Código de Processo Civil com a finalidade de inserir na prática processual civil instrumentos negociais ou lapidar sua utilização. Dessa forma, a Lei 8.952/94, a Lei 8.953/94 e a Lei 9.245/95 determinaram o tratamento mais minudente da conciliação pelo CPC, ao passo que a Lei 9.307/96 determinou a modificação e a inclusão de diversos preceitos relativos à arbitragem.

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

Art. 1.º Os representantes judiciais da União Federal, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais poderão transigir para terminar o litígio, nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

A Lei 8.197/91 correspondeu ao primeiro permissivo genérico à celebração de acordos judiciais pela Administração Pública federal. Excetuada as causas de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, à Administração federal era autorizada a transação judicial em qualquer processo cujo valor da causa fosse inferior ao teto legal. A sentença homologatória da transação judicial condicionava-se apenas à manifestação do Ministério Público.

Essa lei foi expressamente revogada em 1997 pela Lei 9.469, que passou a disciplinar de forma mais técnica a transação judicial envolvendo a Administração federal,

além da não propositura de ações e a não interposição de recursos³⁷³. A Lei 9.469/97 regulamenta a Lei Complementar 73/93, que dispõe sobre a Advocacia-Geral da União, a qual prevê dentre as competências do advogado-geral da União “*desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União*” (art. 4º, inc. VI). Novamente está-se diante de um permissivo genérico conferido pelo legislador a parcela da Administração federal legitimada para tanto.

Pela redação original da Lei 9.469/97, o advogado-geral da União e os dirigentes de autarquias, fundações e empresas públicas estavam legitimados a transacionar em juízo causas cujo valor máximo correspondesse a até R\$ 50.000,00. Causas com valores superiores ao teto poderiam ser também transacionadas desde que mediante prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República da pasta ou, ainda, da autoridade máxima da autarquia, fundação ou empresa pública.

Com a alteração procedida pela Medida Provisória 449/08 e, na sequência, pela Lei 11.941/09, foi conferido tratamento mais rigoroso aos acordos judiciais disciplinados pela Lei 9.469/97. De acordo com a atual redação do texto legal em análise, apenas o advogado-geral da União e os dirigentes das empresas públicas federais podem celebrar acordo judicial em causas de até R\$ 500.000,00. Conforme se verifica, houve sensível diminuição dos legitimados para transacionar em juízo, mas, em contrapartida, o teto do valor da causa elevou-se. Com relação à transação envolvendo causas de valor superior ao referido teto, exige-se prévia e expressa autorização do advogado-geral da União e de uma das seguintes autoridades: “*do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União*” (art. 1º, §1º). Esta exigência de controle não se estende às empresas públicas não dependentes, bastando a elas prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

³⁷³ Art. 1º. “O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não propositura de ações e a não interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para a cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou depoentes, nas condições estabelecidas”.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 –, a Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, passou a contar com um permissivo genérico à celebração de compromissos de ajustamento de conduta³⁷⁴ em seu art. 5º, §6º, nos seguintes termos:

Art. 5º, §6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Trata-se de relevante inovação normativa que viabiliza a celebração de acordos pela Administração Pública direta e indireta sem se resumir apenas à esfera judicial, pelo contrário, sua importância está em autorizá-la a atuar de forma concertada, mediante termos de ajustamento de conduta³⁷⁵..

Analisando os instrumentos judiciais mencionados, que denotam a consensualidade, tomada aqui em sentido amplo, pode-se constatar a preocupação comum em torno da eficácia do processo, sintetizada na maioria das normas na celeridade dos provimentos jurisdicionais. Assim, os institutos negociados se afirmaram na esfera processual para atender a uma necessidade eminentemente pragmática de conferir eficiência ao processo, constituindo-se em efetivas válvulas de escape às disfuncionalidades do processo judicial, sintetizadas no binômio tempo – custos.

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

Dentro desse cenário de alteração legislativa propiciada por demandas por celeridade processual e decisões mais eficazes e adequadas aos interesses das partes,

³⁷⁴ O termo de ajustamento de conduta (TAC) foi originalmente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

³⁷⁵ Cf. item 5.2.

insere-se a consensualidade no Direito Administrativo. No entanto, algumas considerações precisam ser apresentadas para evitar indevidas generalizações ou análises precipitadas a respeito do aumento das previsões normativas dos acordos celebrados pela Administração no âmbito do processo administrativo.

Primeiramente, a forte relação do Direito Administrativo com o aparato burocrático do Estado faz da eficiência dos provimentos administrativos um tema necessário na agenda de debates teóricos deste ramo do Direito. Embora seja encarada como um pano de fundo da atuação administrativa por alguns administrativistas³⁷⁶, a eficiência, tanto do processo de tomada de decisão como de seu conteúdo, passou a ser verdadeiro objeto de estudos na década de 1990, notadamente após a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e, mais tarde, com a Emenda Constitucional 19/98. Preocupações mais sólidas com a celeridade processual e a efetividade dos atos da Administração Pública não decorrem, assim, das alterações legislativas salientadas, mas se colocam por fatores intrínsecos ao sistema administrativo. A tentativa de passagem do modelo de gestão burocrática da Administração para um modelo gerencial, caracterizado pelo controle de resultados, pode ser salientado como um dos principais fatores endógenos da preocupação com a celeridade processual e a qualidade das decisões administrativas.

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

É necessário, ainda, salientar a forte influência internacional na projeção da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro, influência essa que se percebe tanto na construção do plano teórico da atuação administrativa concertada³⁷⁷ quanto em relação a certos institutos consensuais. No caso dos instrumentos consensuais, nota-se que o desenho dos termos de compromisso no mercado de valores mobiliários e no setor antitruste,

³⁷⁶ Cf. por todos, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que compreende o princípio da eficiência no princípio maior da boa administração. **Curso de Direito Administrativo**, p. 122.

³⁷⁷ Cf. item 2.1.

respectivamente conferido pela Lei 6.385/76 e pela Lei 8.884/94, foi fortemente influenciado pelo *consent decree* norte-americano³⁷⁸.

Dessa forma, as alterações legislativas pró-consensualidade verificadas na década de 1990 resultaram de motivações próprias ao Direito Administrativo. Porém, mesmo com influxos particulares, nota-se que o cenário de reformas consensuais constituiu em um dos elementos que propiciaram a abertura normativa do Direito Administrativo à consensualidade, pois se trata de um cenário propício para as alterações legislativas voltadas à promoção da celeridade processual (civil, penal ou administrativa).

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

A tendência de positivação da consensualidade em matéria ambiental se confirma na década de 1990 por meio da edição do Decreto 99.274/90, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e do Decreto 3.179/99, que disciplina as infrações lesivas ao meio ambiente e suas sanções. O primeiro Decreto prevê o termo de compromisso para redução do valor da multa em até 90%, caso o compromissário cumpra as medidas específicas para cessar ou recompor a degradação ambiental³⁷⁹. O Decreto 3.179/99, por sua vez, autoriza a substituição de multa diária pela cessação ou regularização da situação do infrator pela assinatura de termo de compromisso de reparação de dano³⁸⁰.

Dois setores que se abriram à consensualidade nesse período foram o antitruste, por meio da edição da Lei 8.884/94, e o de mercado de capitais, com a alteração da Lei 6.385/76 promovida pela Lei 9.457/97.

³⁷⁸ Nelson EIZIRIK et. all., **Mercado de Capitais. Regime jurídico**, p. 332-333.

³⁷⁹ Art. 42, Decreto 99.274/90. “As multas poderão ter sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental.

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

³⁸⁰ Art. 2º, §5º, Decreto 3.179/99. “A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo, até a efetiva cessação ou regularização da situação mediante a celebração, pelo infrator, de termo de compromisso de reparação de dano”.

A Lei 8.884/94 passou a disciplinar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado pela Lei 4.137/62, com disposições concernentes à estrutura e à conduta das empresas. Três acordos administrativos foram originalmente previstos na Lei 8.884/94 – medida preventiva, termo de compromisso de cessação e compromisso de desempenho – e, com a Lei 10.149/2000, também o acordo de leniência passou a integrar o Direito Antitruste brasileiro³⁸¹.

A Lei 9.457/97 incluiu seis parágrafos ao art. 11 da Lei 6.385/76, que cria e disciplina a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), para que o mercado de capitais brasileiro passasse a dispor do termo de compromisso como instrumento regulatório. De acordo com a redação original do art. 11, §5º, da Lei 6.385/76, incluído pela Lei 9.457/97, “a Comissão de Valores Mobiliários poderá suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo, se o indiciado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a”³⁸².

Mediante a celebração de termo de compromisso, a CVM deixa de impor sanção administrativa e suspende o processo sancionador desde que o compromissário cumpra as obrigações de cessar a prática de atividades consideradas infrações pela autoridade reguladora e corrija as irregularidades constatadas, sem importar em confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta.

Interessante notar que a Lei 9.457/97 delegou a competência para celebrar termos de compromisso às autoridades auto-reguladoras Bolsa de Valores e entidades do mercado de balcão organizado, reserva a regulamentação do exercício desse poder delegado à CVM (art. 11, §10, Lei 6.385/76). Com a alteração do permissivo pelo Decreto 3.995/01, a delegação da competência para transacionar foi estendida para abranger também as Bolsas de Mercadorias e Futuros e entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários. Dessa forma, na mesma medida em que há delegação de competência para aplicar determinadas sanções administrativas por averiguação de infrações no âmbito da auto-regulação, também foi prevista a delegação de competência para que tais entidades atuem de forma concertada.

³⁸¹ Remete-se ao Capítulo IV deste trabalho, dedicado ao estudo da consensualidade no CADE.

³⁸² A redação do preceito foi alterada pelo Decreto 3.995/01 c/c Lei 9.873/99: “a Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a”.

3.1.3. Agências Reguladoras e a regulação consensual

O movimento de afirmação do modelo de Agências Reguladoras no Brasil iniciado no final da década de 1990 relaciona-se diretamente com o contexto da Reforma Gerencial do Estado. Seu documento oficial – o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado –, concebido pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), volta-se fundamentalmente à redefinição do papel do Estado como agente promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social³⁸³, contando, para tanto, com instituições sólidas e com modelos de gestão hábeis a promover essas novas finalidades estatais. Dessa forma, além da implantação do gerencialismo na Administração Pública para transpor certos impasses burocráticos, novos entes foram concebidos para lidar com as privatizações e as desestatizações que integraram a política de reforma do Estado.

A adoção do modelo de Agências Reguladoras resulta da necessidade de atração de investimentos privados para financiar a prestação de serviços públicos, antes diretamente fornecidos pelo Estado por meio de suas empresas estatais. Caracterizadas pela independência e autonomia em relação à Administração direta, fatores de blindagem da ingerência de elementos políticos no exercício da atividade regulatória, as Agências Reguladoras terminam por conferir maior margem de segurança jurídica à manutenção dos contratos de investimento privado no setor público pelo compromisso regulatório (*regulatory commitment*) que traduziam com a garantia de estabilidade e previsibilidade das *regras do jogo*³⁸⁴.

Necessário apontar, no entanto, que a criação das Agências Reguladoras vai além de uma necessidade pragmática de viabilizar investimentos privados para contornar a crise fiscal, pois também decorre da mudança do modo de exercício da função regulatória pelo Estado. Conforme Floriano de Azevedo MARQUES NETO, quatro vetores determinaram a transformação da regulação estatal no limiar da Reforma do Estado, quais sejam, (i) alteração dos objetivos da regulação (foco da regulação), (ii) deslocamento do eixo da regulação para o plano horizontal (eixo da regulação), (iii) procedimentalização, transparência e especialidade da regulação (transformações metodológicas) e (iv)

³⁸³ Cf. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, p. 7.

³⁸⁴ Gustavo BINENBOJM, **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**, p. 94-95.

introdução de técnica regulatórias inovativas, especialmente na seara contratual (instrumentos jurídicos e administrativos)³⁸⁵. Tais vetores manifestaram-se na constituição das Agências Reguladoras e, reflexamente, na conformação de seus processos regulatórios.

No que tange ao segundo vetor – eixo da regulação –, a consensualidade foi bem recebida pelas incipientes Agências Reguladoras e internalizada através de atos normativos disciplinadores da regulação consensual. A nota da permeabilidade, que predica a participação do regulado na formação da decisão reflexiva, foi fundamental para a criação de normas legitimadoras da negociação do exercício da prerrogativa imperativa pela autoridade regulatória. Dessa forma, as Agências Reguladoras constituíram profícuo ambiente ao desenvolvimento da regulação consensual, desenvolvimento esse evidenciado no plano normativo e nos instrumentos regulatórios consensuais nele previstos, que possuem múltiplas funcionalidades.

Uma primeira funcionalidade que a consensualidade assume no exercício da função regulatória corresponde ao *condicionamento* da prática de um *ato administrativo* pela Agência Reguladora à celebração de determinado *acordo administrativo*. No âmbito da ANS, por exemplo, o ato de Revisão Técnica do contrato se sujeita à celebração de termo de compromisso pela operadora com a autoridade reguladora para implantação de Programa de Reestruturação Gerencial, cujos prazos, ações, metas qualitativas e quantitativas, bem como efeitos pelo descumprimento do termo devem ser consensualmente firmados (Resolução Normativa 19/02).

Porém, é geralmente o *ato de autorização* que se subordina à celebração de acordos administrativos entre a Agência Reguladora e o regulado na regulação consensual de natureza integrativa. Os exemplos mais representativos desta dinâmica regulatória são extraídos da ANP. Segundo a Portaria 91/04 da ANP, por meio da qual o Diretor-Geral da Agência delega competência ao titular da Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural da ANP para autorizar a modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural pela ampliação de capacidade, bem como a operação destas instalações, mediante assinatura de termo de compromisso³⁸⁶. Por sua vez, a Resolução

³⁸⁵ **Balanco e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil**, p. 9.

³⁸⁶ Portaria 91/04, assinada pelo Diretor-Geral da ANP. Art. 1º. “*Delegar competência ao titular da Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural da ANP e, nos seus impedimentos, a seu substituto legal, para praticar os seguintes atos administrativos, consultando previamente a Procuradoria Geral, sempre que houver matéria controversa:*

25/08 da ANP determina que “a autorização de operação fica condicionada à assinatura de termo de compromisso entre a ANP e a requerente” nos casos de risco da segurança operacional e da saúde dos trabalhadores, assim como naqueles relacionados ao meio ambiente³⁸⁷.

Outra funcionalidade corresponde à *cessação da atividade de fiscalização* pela Agência Reguladora mediante celebração de acordo regulatório desta com o regulado cuja atividade seja objeto de fiscalização. A Resolução 333/08 da ANEEL, por exemplo, determina que a assinatura do termo de compromisso de ajuste de conduta (TAC) acarreta no arquivamento do processo fiscalizatório³⁸⁸.

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

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

I - autorizar o exercício das atividades de modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural devido à ampliação de capacidade, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Portaria ANP nº 28, de 5 de fevereiro de 1999, providenciando a publicação do respectivo sumário do projeto pretendido;

II - autorizar a operação das instalações referidas no inciso I;

(...)

IV – assinar Termo de Compromisso relativo às autorizações referidas nos incisos I e II.

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

³⁸⁷ Resolução 25/08, ANP. Art. 12. “Durante a vistoria, uma vez observadas situações específicas em que possa haver comprometimento dos aspectos relacionados à segurança operacional, saúde dos trabalhadores e prevenção dos impactos ao meio ambiente, para os casos em que não houver risco iminente de danos, a Autorização de Operação fica condicionada à assinatura de Termo de Compromisso entre a ANP e a Requerente. Para todos os demais casos, a ANP se reserva o direito de não autorizar a operação da planta até que sejam solucionados os fatos geradores da não conformidade”.

³⁸⁸ Resolução 333/08, ANEEL. Art. 5º. “A assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto”.

editar atos normativos, adjudicar, fiscalizar ou aplicar sanções administrativas são delineados em seus respectivos atos normativos, pode-se afirmar que a atividade de regulação estatal é efetivamente disciplinada no âmbito infralegal.

Pela estipulação dos procedimentos de regulação confere-se previsibilidade às ações das Agências Reguladoras, que propicia a criação de um ambiente regulatório revestido de segurança jurídica. Ademais, a previsão dos processos regulatórios corrobora à legitimação do exercício das competências regulatórias³⁸⁹. Dessa forma, os regulamentos processuais das Agências Reguladoras ganham destaque na afirmação do modelo de Agências, sendo sua definição objeto de cautelosos processos normativos, muitos deles abertos à participação administrativa mediante estabelecimento de audiências e consultas públicas³⁹⁰.

Dentre as funções regulatórias, as de fiscalização e de aplicação de sanções administrativas foram especialmente conformadas pelas Agências Reguladoras nos regulamentos de fiscalização e de aplicação de sanções administrativas e processos administrativos sancionadores que editaram³⁹¹. Alguns fatores podem ser salientados para explicar a atenção dada pelo regulador às atividades de fiscalização e sancionatória.

Uma primeira justificativa, de caráter histórico-institucional, corresponde à concepção das Agências Reguladoras como entes de fiscalização do desenvolvimento privado de atividades econômicas, antes de monopólio estatal e prestadas diretamente pelo Poder Público por intermédio de suas empresas estatais. Essa justificativa advém do momento da Reforma do Estado, cuja política de desestatização e privatizações foi acompanhada pela retórica de formulação de um esquema eficaz de controle estatal da qualidade dos serviços públicos prestados pela iniciativa privada em colaboração³⁹². Incumbidas de proceder o “*controle de qualidade*” da prestação de serviços públicos, as Agências Reguladoras trazem forte a função de fiscalização e, conseqüentemente, a função

³⁸⁹ Cf. Egon Bockmann MOREIRA, **Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e Elaboração Processual de Normas**, p. 47.

³⁹⁰ Vide o recente exemplo da CP 847/07 para análise do novo regulamento de aplicação de sanções administrativas pela ANATEL.

³⁹¹ Cf. Carlos Ari SUNDFELD, **Introdução às Agências Reguladoras**, p. 13.

³⁹² Cf. Regina PACHECO, **O Modelo de Agências Reguladoras no Brasil**, p. 531.

de aplicação de sanções decorrentes da constatação de infrações administrativas, razão pela qual ambas foram detalhadas em regulamentos próprios³⁹³.

Porém, mais que a primeira justificativa, o fato é que a fiscalização e a aplicação de sanções pelas Agências Reguladoras são sensíveis ao regulado, com impacto imediato no desenvolvimento de suas atividades econômicas ou no retorno esperado a seus investimentos. Excetuada a caducidade, as sanções mais severas no âmbito regulatório correspondem às sanções pecuniárias – multa e interdição das atividades que tenham sido concedidas, permitidas ou autorizadas em contrato celebrado com o ente regulador –, o que coloca em evidência os custos da regulação sancionatória ao regulado. Consta-se, assim, uma exigência do regulado perante a Agência Reguladora de que esta preveja de forma bastante minuciosa o procedimento de fiscalização e aplicação de sanções, inclusive quanto ao sopesamento destas³⁹⁴, o que explica, em certa medida, a alta participação dos concessionários de serviços públicos nas audiências e consultas públicas³⁹⁵.

Ademais, a própria edição da lei geral de processo administrativo (Lei 9.784/99) ensejou a revisão dos procedimentos adotados pela Administração Pública como um todo, porém mais incisivamente no âmbito das Agências Reguladoras, para fins de compatibilização com as disposições legais de hierarquia superior. A Resolução Normativa 63/04 da ANEEL, que aprova os procedimentos de fiscalização e sanção de sua alçada, indica ser a edição da Lei 9.784/99 um dos motivadores da edição do ato normativo para disciplina da competência sancionatória em seus considerandos, nos seguintes termos: “[c]onsiderando a necessidade de se adequar, rever e atualizar os procedimentos para apurar infrações e impor penalidades, especialmente em face das alterações na legislação federal aplicável aos processos administrativos em geral;”.

Dessa forma, cada Agência Reguladora criou sua disciplina própria para fiscalizar e aplicar sanções administrativas, buscando contemplar os interesses do regulado em

³⁹³ A definição de “*poder de policia administrativa*” apresentada no art. 3, inc. XX, do Regulamento de Fiscalização da ANATEL (Resolução 441/06) remete a essa primeira justificativa histórico-institucional: “*Poder de policia administrativa: capacidade de agir da ANATEL, em cumprimento à sua obrigação institucional, estabelecendo as medidas necessárias para limitar ou disciplinar deveres, direitos e interesses, regulando as práticas ou abstenções de atos concernentes à organização das telecomunicações brasileiras, em razão do interesse público*”.

³⁹⁴ Cf. CP 847/07, ANATEL.

³⁹⁵ Na CP 847/07 da ANATEL, 70% das propostas foram formuladas pelos prestadores de serviços e 20% pelas associações dos prestadores de serviços.

previsibilidade, com detalhados critérios de aplicação e sopesamento das sanções, e a necessidade de afirmar sua autoridade regulatória sobre com a imposição de sanções.

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

Ao lado da previsão dos acordos regulatórios em matéria sancionadora no âmbito dos regulamentos de processos administrativos, existem em algumas Agências Reguladoras atos normativos específicos e autônomos para disciplina dos termos de substituição ou de integração das sanções administrativas.

Por influência da MP 2.177/01, que alterou a Lei 9.656/97 para prever expressamente acordos regulatórios nos PAS para apuração de infrações por operadoras de planos de saúde privados³⁹⁶, a ANS editou a Resolução 57/01 com a finalidade de detalhar na esfera infralegal o trâmite do “*termo de compromisso de ajuste de conduta*” – TCAC – firmado com os operadores de planos privados de saúde.

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

³⁹⁶ A MP 2.177/01 incluiu sete parágrafos no art. 29 da Lei 9.656/97 e alterou a redação de seu *caput* para disciplinar o termo de ajuste de conduta nos seguintes termos: art. 29, §1º. “*O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a: I – cessar a prática de atividades ou atos objeto de apuração; e II – corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes*”.

Em 2007, a ANS editou a Instrução Normativa 03/07 para centralizar na Gerência-Geral de Fiscalização Descentralizada (GGFID) o exame de oportunidade e conveniência da negociação e celebração do TCAC, a quem incumbe também o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento do termo de compromisso.

Com a finalidade de “*assegurar a normalidade dos serviços prestados e resguardar o interesse público*”³⁹⁷, a ANTT editou a Resolução 152/03 para dispor sobre o “*termo de ajuste de conduta*” – TAC. A sucinta disciplina da Resolução 152/03 indica que o cumprimento dos compromissos para correção das irregularidades determina o arquivamento do processo sancionador. No entanto, se o ajuste não for cumprido, haverá a instauração de processo para apurar a responsabilidade e aplicar as sanções pelo descumprimento do TAC. A regulamentação suplementar, relativa aos casos omissos da Resolução 152/03, fica a cargo da Diretoria da ANTT³⁹⁸.

Pela Resolução 333/08, a ANEEL passou a dispor de regulamento próprio para disciplina dos acordos regulatórios em matéria sancionatória, denominados pelo ente regulador de “*termo de compromisso de ajuste de conduta*” – TAC³⁹⁹. Trata-se de um ato normativo que disciplina pormenorizadamente a dinâmica do TAC, desde os requisitos para sua celebração, até as obrigações que os termos podem especificar, sua formalização e os efeitos de seu descumprimento.

O TAC na ANEEL é celebrado no âmbito do processo de fiscalização, que contempla também o processo sancionador, com os regulados em relação de sujeição especial com a Agência. Em outros termos, a ANEEL está autorizada a celebrar acordos regulatórios somente com concessionários, permissionários e autorizados de serviço público, razão pela qual o preceito não pode ser compreendido como um permissivo genérico à consensualidade em matéria sancionatória. Previamente à deliberação da Diretoria Colegiada a respeito da celebração do TAC, a proposta apresentada pelo regulado

³⁹⁷ Considerando da Resolução 152/03 da ANTT.

³⁹⁸ Necessário apontar, porém, algumas incoerências mais incisivas da Resolução 152/03 com a lógica da consensualidade. Primeiramente, o TAC na ANTT é eminentemente unilateral, nos termos do art. 1º da Resolução que determina ser o TAC “*prerrogativa da ANTT*”. Ademais, o TAC tem a sua funcionalidade retirada pelo art. 5º da Resolução, pois torna a celebração do instrumento consensual um indiferente na medida em que a ANTT poderá, a seu exclusivo critério, conduzir processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades transacionadas. *In verbis*: “*A celebração do TAC não impedirá que a ANTT possa, se assim entender, deflagrar o processo administrativo para apurar as mesmas irregularidades*”.

³⁹⁹ Resolução 333/08. Art. 1º. “*A ANEEL poderá, alternativamente à imposição de penalidade, firmar Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TAC com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, com vistas a adequar a conduta desses agentes às disposições legais, regulamentares ou contratuais*”.

submete-se ao crivo técnico do Superintendente de Fiscalização da ANEEL para emissão de parecer positivo ou negativo. Caso a Diretoria Colegiada delibere favoravelmente, com base no impreciso “*interesse público*”, há celebração do TAC e o processo de fiscalização é arquivado. Porém, se a proposta de acordo for rechaçada pela autoridade competente, abre-se prazo para interposição de recurso.

Como obrigação, a Resolução 333/08 determina que o regulado cesse a prática da conduta objeto de fiscalização, corrija eventuais desconformidades e as informe aos consumidores, bem como realize investimentos ou implemente ações determinadas em plano de ações ou investimentos. Paralelamente às obrigações, ainda é possível que haja imposição de multa pela autoridade reguladora, conforme parecer emitido pelo Superintendente de Fiscalização da ANEEL. A celebração do TAC não importa em confissão do agente quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude. Se houver descumprimento do acordo regulatório, o regulado será intimado para manifestar-se e, posteriormente, será emitido certificado de descumprimento acompanhado de cominação de multa. É defesa a celebração de TAC no prazo de quatro anos em razão do descumprimento do termo, assim como dois ou mais termos sobre o mesmo objeto.

A breve descrição dos modelos de acordos regulatórios em matéria sancionadora demonstra que a consensualidade adquire instrumentalidade e procedimento próprios de acordo com a disciplina conferida pelos atos normativos das Agências Reguladoras. Apesar dessas disparidades em relação ao mesmo instituto, que toca até mesmo a nomenclatura dos acordos, constata-se que a consensualidade perpassa pelas Agências Reguladoras em geral e encontrou, no âmbito regulatório, ambiente propício para desenvolvimento muito por conta do caráter da permeabilidade que caracteriza o atual cenário regulatório. Natural, portanto, que tais acordos sejam indicados nos regulamentos dos processos administrativos sancionadores ou em atos normativos que disponham especificamente sobre os termos regulatórios.

3.2. O modelo de consensualidade no Direito Administrativo brasileiro

A consensualidade pode estar dispersa pelo ordenamento jurídico, quando disciplinada em diversas normas que versam sobre os diferentes instrumentos consensuais à disposição da Administração, assim como os casos em que esta estaria autorizada a atuar de forma concertada ou, ainda, o modo de atuação consensual. Trata-se de um *modelo de previsão normativa difusa* da atuação administrativa consensual, marcada pela pontualidade de suas prescrições.

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

Não há na lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/99) norma que sirva de permissivo genérico para que toda a Administração Pública federal possa atuar de forma concertada. O que se evidencia é a existência de várias normas dispositivas de instrumentos consensuais e, dentro dos setores regulados, alguns atos normativos que cumprem o papel de permissivos genéricos regulatórios, como a Resolução 987/08 da ANTAQ, A resolução 333/08 da ANEEL e a Resolução 57/01 da ANS.

O Estado de São Paulo, porém, possui permissivo genérico para que a Administração Pública paulista, direta e indireta, celebre termos de ajustamento de conduta (TAC). Sem definir uma materialidade específica, ou indicar as obrigações que o compromissário deve satisfazer, o Decreto 52.201/07 consiste efetivamente em um permissivo genérico. Para que os TACs sejam celebrados, porém, faz-se necessária a prévia manifestação favorável da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Os acordos administrativos congregam *múltiplas funcionalidades* nos sistemas estudados, que não apenas a substituição do provimento final, unilateral e imperativo, por outro de índole consensual. Ao destrinchar as diferentes classificações dos acordos administrativos, pôde-se tomar contato com os papéis desempenhados pelos acordos

administrativos instrumentalmente celebrados para exercício da função administrativa. O acordo integrativo, instrumento comum a ambos os ordenamentos, por exemplo, presta-se a várias finalidades, como a adequação do processo administrativo com a definição das regras que disciplinarão seu trâmite, a complementação da decisão final, o condicionamento do ato administrativo benéfico ao cumprimento de uma obrigação específica, conferir celeridade à execução do ato final, agilizar o processo administrativo mediante a substituição de um específico ato procedimental, entre outros.

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

3.2.1. Os instrumentos consensuais e suas funcionalidades

Da análise das normas que dispõem sobre a consensualidade no Direito Administrativo brasileiro, constata-se duas categorias a partir da funcionalidade formal que os acordos administrativos apresentam, pensadas a partir da análise de Direito Comparado.

De acordo com uma primeira espécie – os “*acordos substitutivos*” –, há a terminação consensual do processo administrativo por meio da celebração de acordo administrativo entre a Administração Pública e o administrado. Por meio de ato bilateral, resultado do encontro de vontades, a Administração Pública deixa de emitir ato imperativo e unilateral ou encerra consensualmente o procedimento instaurado para tanto. Nota-se, assim, o caráter alternativo da medida concertada à atuação administrativa típica, que necessariamente importa na terminação do processo administrativo ao qual o acordo esteja atrelado.

Os “*acordos integrativos*”, por sua vez, não encerram o processo administrativo no qual são celebrados, pois voltados à viabilização da emissão pela Administração Pública

do ato final, imperativo e unilateral, de forma mais célere ou mais adequado às especificidades do caso concreto. De forma bastante simplificada, nesta dinâmica consensual os provimentos administrativos vinculam-se à celebração de acordos administrativos, sem que estes encerrem o processo administrativo, ou seja, a emissão do ato administrativo final condiciona-se à celebração de acordos integrativos. Os acordos administrativos comportam-se, portanto, como atos processuais não terminativos.

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

Sem consistir em uma proposta de classificação, o item objetiva apresentar uma sistematização das obrigações cominadas nos ajustes administrativos, bem como das finalidades almejadas pelo legislador / regulador ao instituir os acordos administrativos. A dicotomia acordos substitutivos – acordos integrativos justifica-se, assim, somente para facilitar a exposição do panorama da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro. É finalidade do item analisar os instrumentos administrativos consensuais que existem hoje no plano normativo a partir das funções por eles desempenhadas, com especial atenção aos efeitos desejados e às obrigações cominadas.

3.2.1.1. Acordos substitutivos

Os “*acordos substitutivos*” caracterizam-se pelo efeito terminativo do processo administrativo no qual são celebrados. Quando firmados, estes acordos substituem a decisão unilateral e imperativa da Administração Pública ou findam o processo instaurado para conformação do provimento administrativo.

Em tese, os acordos substitutivos podem incidir sobre qualquer ato administrativo imperativo e unilateral. No entanto, o que as normas levantadas relativas aos acordos substitutivos indicam é que a sanção administrativa consiste no objeto de substituição

significativamente mais recorrente na atuação administrativa concertada que tenha por base acordos substitutivos.

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

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

Como exemplo deste modelo de acordo substitutivo, pode-se mencionar a Resolução 63/04 da ANEEL, cujo art. 21 assim expressa: “*poderá a ANEEL, alternativamente à imposição da penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis*”.

Na seara ambiental federal, por sua vez, o Decreto 3.179/99, que especifica as sanções aplicáveis às atividades lesivas ao meio ambiente, determina em seu art. 2º, § 5º, a substituição da multa diária administrativa mediante “*termo de compromisso de reparação de dano*” que preveja a cessação da prática infracional ou a regularização da situação irregular do infrator⁴⁰⁰. Idênticas previsões encontram-se no Decreto 4.136/02 (art. 9º, §5º), que dispõe sobre as sanções aplicáveis em decorrência do lançamento de óleo e outras

⁴⁰⁰ *In verbis*: “A multa diária será aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo, até a sua efetiva cessação ou regularização da situação mediante a celebração pelo infrator de termo de compromisso de reparação de dano”.

substâncias nocivas em águas nacionais, e no Decreto 6.514/08 (art. 10, §8º), que versa amplamente sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente.

Ao contrário do que induz alguns administrativistas italianos a respeito da funcionalidade dos acordos substitutivos⁴⁰¹, a alternatividade atos concertados – atos imperativos (sanções administrativas) está presente em apenas uma parcela reduzida das normas ou, ainda, é expressamente vedada⁴⁰². No cenário nacional, o principal papel dos acordos substitutivos corresponde à suspensão do processo pela celebração de acordo substitutivo e, constatada a satisfação das obrigações previstas no termo, à terminação consensual do processo⁴⁰³.

O art. 29 da Resolução 48/03 da ANS, que disciplina o processo sancionador nessa Agência, exemplifica bem o exposto: “*o processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso pela ANS, se a operadora assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a Diretoria Colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, nos termos estabelecidos na Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998*”. No âmbito das Agências Reguladoras, há larga previsão de acordos regulatórios terminativos de processo administrativo sancionador. É o que se verifica com a ANTT⁴⁰⁴, a ANS⁴⁰⁵, a ANEEL⁴⁰⁶ e a ANTAQ⁴⁰⁷.

⁴⁰¹ Pierpaolo GRAUSO, **Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati**, p. 65, e Roberto DAMONTE, **Atti, Accordi, Convenzioni nella Giustizia Amministrativa**, p. 18, por exemplo.

⁴⁰² É o caso da Resolução 57/01 da ANS. Segundo seu art. 4º, §2º, “*não poderá ser celebrado termo de compromisso de ajuste de conduta após a aplicação de penalidade pela ANS*”.

⁴⁰³ A celebração do acordo substitutivo não põe fim ao processo administrativo; somente o cumprimento dos termos estabelecidos no termo implica na terminação consensual do processo sancionador. Nesse sentido, o §2º do art. 146 do Decreto 6.514/08, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, é esclarecedor: “*a celebração do termo de compromisso não põe fim a processo administrativo, devendo a autoridade competente monitorar e avaliar, no máximo a cada dois anos, se as obrigações assumidas estão sendo cumpridas*”.

⁴⁰⁴ Art. 4º, §1º, da Resolução 152/03: “*Se comprovado o atendimento ao compromisso assumido pela concessionária ou permissionária, no prazo estabelecido, o procedimento será arquivado*”. O termo de ajuste de conduta (TAC) ainda é previsto no art. 16, *caput*, nos seguintes termos: “*Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência competente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta*”. Segundo o art. 18, §1º, do mesmo ato normativo, “*comprovado o cumprimento do compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis*”.

⁴⁰⁵ Art. 8º, Resolução 57/01: “*Cumpridas as obrigações assumidas no termo de compromisso de ajuste de conduta será extinto o processo administrativo*”.

⁴⁰⁶ Art. 5º, Resolução 333/08: “*a assinatura do TAC acarreta o arquivamento do processo fiscalizatório correspondente, quanto ao seu objeto*”.

⁴⁰⁷ Art. 24, §1º, Resolução 987/08: “*atendido o compromisso, o processo, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis*”.

Por fim, os acordos substitutivos podem ser celebrados anteriormente à instauração de processo administrativo sancionador, com a finalidade de interditar o início da instrução processual administrativa. Assim, o acordo firmado entre Administração Pública e administrado impede que seja instaurado processo administrativo para apuração de infrações e sancionamento. Nesse sentido, a Resolução 442/04 da ANTT determina que *“com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, por intermédio da Superintendência correspondente, poderá, antes ou depois da instauração de processo administrativo, convocar os administradores e os acionistas controladores das empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC)”* (art. 16)⁴⁰⁸.

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

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

O Decreto 6.514/08, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas em matéria ambiental, por exemplo, estipula minuciosamente as cláusulas obrigatórias do

⁴⁰⁸ De forma semelhante, a Resolução 987/08 da ANTAQ, que regula o processo administrativo sancionador que aplica, assim prevê em seu art. 22: *“antes da instauração ou no curso de Processo Administrativo Contencioso, a ANTAQ, por intermédio das Superintendências das Gerências de Fiscalização, ou das UAR, poderá, caso haja interesse de pessoa física ou jurídica infratora, celebrar Termo de Ajuste de Conduta – TAC, com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações”*.

termo de compromisso para substituição da multa: nome e qualificação das partes compromissadas, prazo de vigência do termo de compromisso, obrigatoriedade de descrição do objeto, bem como dos investimentos e respectivo cronograma de execução, valor da multa a ser aplicada pelo descumprimento das obrigações e definição do foro competente para dirimir eventuais litígios entre as partes⁴⁰⁹.

Também no âmbito regulatório existem exemplos de disciplina pormenorizada dos acordos substitutivos, como na ANS, cuja Resolução 57/01 estabelece consequências pelo descumprimento das obrigações (revogação da suspensão do processo administrativo), define as fases procedimentais para celebração dos termos de compromisso e cria à Agência Reguladora o dever de publicar os atos consensuais e disponibilizar o inteiro teor em página eletrônica da ANS, além de fixar as cláusulas obrigatórias⁴¹⁰. Nesse sentido, a ANEEL, em sua Resolução 333/08, indica as pessoas com poder de iniciativa do termo de compromisso de ajuste de conduta, especifica a tramitação do acordo substitutivo, define a autoridade competente no âmbito da ANEEL para acompanhar o cumprimento das obrigações estabelecidas no termo, também estabelece as cláusulas obrigatórias do acordo substitutivo e dispõe amplamente sobre os efeitos do descumprimento das obrigações pactuadas.

Os parágrafos antecedentes demonstram a disciplina singular que os acordos substitutivos assumem conforme o ente administrativo a que estejam relacionados. Isso decorre, no âmbito das Agências Reguladoras, do exercício da competência normativa para disciplinar o processo administrativo sancionador e suas válvulas de escape, como é o acordo substitutivo. Porém, a especificidade na disciplina da atuação administrativa concertada também decorre de uma opção legislativa em, primeiramente, não editar lei ou alterar a lei 9.784/99, na esfera federal, para disciplinar as minúcias do acordo administrativo. Ainda, há a opção legislativa em dispor legalmente sobre a celebração de acordos administrativos em poucos e pontuais searas, de que são exemplos a ambiental, a antitruste e a de mercado de capitais.

Embora a *especificidade da disciplina da atuação administrativa concertada* seja uma marca do Direito Administrativo brasileiro, é de se notar que o acordo substitutivo possui algumas características comuns, verificadas em todas as normas levantadas que

⁴⁰⁹ Art. 146, Decreto 6.514/08.

⁴¹⁰ Outros exemplos de disciplina pormenorizada dos acordos substitutivos correspondem às Resoluções 152/03 e 442/04 da ANTT e a Resolução 987/08, que dispõe sobre o processo sancionador na ANTAQ.

prevejam este tipo de ato consensual. Segundo os preceitos normativos analisados, a celebração de acordos substitutivos (i) impede que a Administração Pública emita o ato unilateral e imperativo (sanção administrativa) e (ii) repercuta diretamente sobre o processo administrativo, ora para suspendê-lo, e haver a terminação consensual do processo após a satisfação do ajuste, ora para vedar a sua instauração.

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

Uma outra característica notada do plano normativo corresponde à previsão expressa das obrigações que necessariamente devem constar nos acordos substitutivos, o que denota certa redução da discricionariedade das partes na composição consensual dos ajustes, que não se confunde com a opção discricionária que detém para celebrar, ou não, acordos com o administrado. Verifica-se que as normas estudadas fixam as obrigações que a compromissária deve satisfazer para que a Administração Pública deixe de exercer sua prerrogativa sancionatória, restando uma margem reduzida para que, consensualmente, tais obrigações sejam especificadas.

Cessaço das atividades reputadas infracionais pelo ente administrativo⁴¹¹ e regularizao da situao pelo compromissrio⁴¹² consistem nas principais obrigaes pr-estabelecidas pelas normas. Outras obrigaes determinadas pelas normas correspondem ao dever de informar os consumidores as medidas adotadas para correo e compensao das irregularidades⁴¹³ e ao dever de realizar investimentos⁴¹⁴.

⁴¹¹ Cf. Decreto 3.179/99, Decreto 4.136/02, Decreto 6.514/08, Resoluo 57/01 da ANS, Lei 9.656/98 e Resoluo 333/08 da ANEEL.

⁴¹² Cf. Decreto 3.179/99, Decreto 4.136/02, Decreto 6.514/08, Resolues 152/03 e 442/04 da ANTT, Resoluo 57/01 da ANS, Lei 9.656/98, Resolues 63/04 e 333/08 da ANEEL e Resoluo 987/08 da ANTAQ.

⁴¹³ Art. 9, inciso III, da Resoluo 333/08 da ANEEL.

⁴¹⁴ Art. 9, inciso IV, da Resoluo 333/08 da ANEEL.

3.2.1.2. Acordos integrativos

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

Pela análise das normas selecionadas que dispõem sobre a atuação concertada do Estado, é possível identificar a existência dos denominados *acordos integrativos*, na linha do Direito Administrativo italiano e sua Lei 241/90. Este tipo de acordo caracteriza-se pelo delineamento do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração Pública de forma negociada, ou seja, não se afasta por inteiro a prerrogativa estatal, mas Administração e administrado firmam acordos com a finalidade de estabelecer o modo de emprego da autoridade estatal.

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

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

O acordo de leniência previsto no art. 35-B da Lei 8.884/94 pode ser considerado um acordo integrativo quando a sua celebração pela SDE com o agente econômico em

processo sancionador antitruste determinar a redução de um a dois terços da penalidade aplicável⁴¹⁵. Caso a obrigação de cooperação nas investigações e no desenvolvimento do processo administrativo estabelecida em acordo de leniência tiver como contrapartida a “*extinção da ação punitiva da Administração Pública*”, estar-se-á diante de acordos substitutivos, porquanto há terminação consensual do processo, sem aplicação de sanção administrativa. Novamente, acerta-se bilateralmente o exercício da prerrogativa sancionatória de forma mais leve, não tão incisiva ao administrado.

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

Dessa forma, a Portaria 91/04 da ANP delega competência ao titular da Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural da ANP para, mediante celebração de termo de compromisso, autorizar o exercício das atividades de modificação de refinarias e de unidades de processamento de gás natural em razão de ampliação de capacidade, bem como autorizar a operação das respectivas instalações. Nesse sentido, a Resolução 25/08 da ANP vincula a autorização de operação de planta produtora e a comercialização do biodiesel à celebração de termo de compromisso caso haja risco à segurança operacional e à saúde dos trabalhadores ou para prevenção de impactos ao meio ambiente, nos seguintes termos:

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

⁴¹⁵ Art. 35-B, Lei 8.884/94. “A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: (...)”.

Com redação dada pela Lei 11.445/07, que regula o setor de saneamento ambiental, a Lei 8.987/95 passou a condicionar em seu art. 42, §3º, o ato de autorização da prestação precária de serviços públicos, com validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, à certas obrigações, dentre elas a celebração de acordo integrativo entre o poder concedente e a concessionária sobre os critérios e a forma de indenização de créditos remanescentes de investimentos não amortizados ou depreciados⁴¹⁶.

Os acordos integrativos também são visualizados como mecanismo necessário ao atendimento de solicitação dirigida à Administração Pública. É o que verifica com a Resolução 19/02 da ANS, que condiciona a Revisão Técnica de operadora privada de plano de saúde à celebração de termo de compromisso, caso o regulador constata na análise da proposta a concorrência de fatores de desequilíbrio de natureza gerencial. Neste caso, o termo de compromisso objetiva implantar Programa de Reestruturação Gerencial⁴¹⁷.

Ademais, o acordo integrativo pode servir para conferir determinada característica a uma utilidade pública, como é o caso da Lei 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação e cujo art. 21 condiciona o gravame de perpetuidade da reserva particular do patrimônio natural à celebração de termo de compromisso⁴¹⁸.

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

⁴¹⁶ O art. 42, §3º, da Lei 8.987/95 condiciona a emissão do ato de autorização da prestação precária de serviços públicos ao levantamento amplo e retroativo dos elementos físicos da infra-estrutura e de bens reversíveis, à publicação do ato de autorização e, ainda, à “celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizado ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes”.

⁴¹⁷ Art. 3º, Resolução 19/02 da ANS. “Para solicitação de Revisão Técnica, a operadora deverá, na forma a ser definida por Instrução Normativa:

(...)

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

⁴¹⁸ In verbis: “A Reserva Particular do Patrimônio Natural é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.

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

Interessante assinalar, por fim, a particularidade do acordo substitutivo de sanção administrativa previsto na Resolução 128/06 da ANS que gera efeitos integrativos, pois o processo de autorização da ANS para aplicação de reajustes nos planos de saúde contratados por pessoas físicas em que tenha sido constatada infração administrativa somente terá prosseguimento mediante assinatura de termo de compromisso de ajuste de conduta. Segundo o art. 2º, §6º, do ato normativo, “*havendo processo administrativo para apuração de infração, em decorrência da prática de irregularidade mencionada no 5 deste artigo, e uma vez consignada em ata de reunião da Diretoria de Fiscalização a aceitação pela operadora em celebrar Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, poderá ser dado curso ao procedimento de autorização da aplicação dos reajustes de que trata a presente Resolução*”.

3.3. Termos de compromisso não consensuais

Uma constatação depreendida da pesquisa realizada para composição do Capítulo IV levou a abertura de mais um item para noticiar a atual prática de emprego de termos de compromisso não consensuais pela Administração Pública. A primeira leitura das normas que versam sobre a atuação administrativa concertada, muitas delas levantadas de acordo com critérios morfológicos de recurso a palavras-chaves, como termo de compromisso e ajustamento de conduta, transmite a impressão de que os instrumentos consensuais efetivamente estão consolidados no regime jurídico-administrativo brasileiro com número relativamente alto de exemplos.

No entanto, a leitura mais atenta dessas normas demonstra vários casos em que a não há *margem de discricionariedade* para conformação dos ajustes, das obrigações que devem ser satisfeitas pela parte compromissária, ainda que o instituto em comento seja denominado “*termo de compromisso*”.

Ao contrário dos acordos administrativos, o termo de compromisso não consensual é *vinculado*, uma vez que o *conteúdo da obrigação* cominada no “*ajuste*” encontra-se integralmente determinado no comando normativo. Tem-se, portanto, a unilateralidade desses termos de compromisso. Alguns exemplos clarificam o exposto:

Art. 29. As autorizações de pesquisa ficam adstritas às seguintes áreas máximas:

§ 2º O disposto no parágrafo anterior somente se aplica à empresa de mineração que, sem prejuízo das demais exigências deste Regulamento, satisfizer as seguintes condições:

a) firmar termo de compromisso com o Ministério das Minas e Energia, através do DNPM, de que os recursos de que trata o artigo 16, inciso IV do Código de Mineração ou o contrato de financiamento referido no artigo 20, inciso VI deste Regulamento se destinam especificamente à realização dos trabalhos previstos nos planos de pesquisa;

Decreto 2.256/97.

Art 4º. O pré-registro, o registro no REB e os seus cancelamentos serão feitos pelo Tribunal Marítimo.

§1º O pré-registro no REB será feito em atendimento a requerimento formulado pela empresa brasileira de navegação registrada no Tribunal Marítimo, ao qual serão anexados os seguintes documentos:

a) contrato social ou estatuto da empresa e últimas alterações, devidamente registrados na junta comercial;

b) contrato de construção da embarcação;

c) termo de compromisso de que a embarcação será empregada sob bandeira brasileira.

Conforme verificado, cabe ao administrado tão somente acatar a obrigação que lhe é imperativamente imposta para que obtenha um determinado ato administrativo. Essa prática destoa do conceito de consensualidade apresentado no Capítulo III e adotado nesse trabalho, correspondente à negociação do modo de exercício da prerrogativa imperativa que se materializa na construção bilateral das obrigações. No extremo, os termos de compromisso não consensuais consistem em meros requisitos exigidos pela Administração Pública para a prática de determinado ato, apesar da nomenclatura consensual.

Expressiva parcela dos termos de compromisso não consensuais denotam a obrigatoriedade de determinada pessoa adotar determinado comportamento em razão da natureza da relação de sujeição especial que detém com a Administração Pública. É comum, dentre os termos de compromisso não consensuais, a vinculação do conhecimento de contrato pela Administração à assinatura de termo de compromisso para manutenção de sigilo por parte do contratado⁴¹⁹. Nessa linha, nota-se o exercício do poder hierárquico sobre os agentes públicos para exigir também deles assinatura de termo de compromisso de confidencialidade. Mostra-se elucidativa a seguinte transcrição extraída do Decreto

⁴¹⁹ Cf. Decreto 4.553/02, que dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado no âmbito da Administração Federal.

4.553/02, que dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal⁴²⁰:

Art. 59. A celebração de contrato cujo objeto seja sigiloso, ou que sua execução implique a divulgação de desenhos, plantas, materiais, dados ou informações de natureza sigilosa, obedecerá aos seguintes requisitos:

I - o conhecimento da minuta de contrato estará condicionado à assinatura de termo de compromisso de manutenção de sigilo pelos interessados na contratação; e

Art. 62. Os órgãos e entidades públicos e instituições de caráter público exigirão termo de compromisso de manutenção de sigilo dos seus servidores, funcionários e empregados que direta ou indiretamente tenham acesso a dados ou informações sigilosos.

Parágrafo único. Os agentes de que trata o caput deste artigo comprometem-se a, após o desligamento, não revelar ou divulgar dados ou informações sigilosos dos quais tiverem conhecimento no exercício de cargo, função ou emprego público.

No âmbito da ANVISA, grande número de Resoluções exigem que, anteriormente à nomeação, os membros de suas Câmaras Técnicas firmem termo de compromisso com dupla finalidade: compromisso de manutenção de sigilo quanto a dados e informações e compromisso de que não possuem vínculo empregatício, acionário ou comercial com estabelecimentos fabricantes, importadores, exportadores, distribuidores ou vendedores de produtos regulados pela ANVISA, assim como seus cônjuges, parentes colaterais, ascendentes e descendentes de primeiro grau⁴²¹. Por meio da assinatura desses termos, a ANVISA busca blindar-se de possível captura na mesma medida em que se volta à manutenção da boa concorrência entre os agentes econômicos regulados pela ANVISA pela não divulgação de informações privilegiadas.

Para transferir incentivos patrimoniais a título de fomento, a ANCINE exige em sua Instrução 55/06 daquele que se beneficie do mecenato a assinatura de termo de compromisso para abrir conta corrente no Banco do Brasil e cumprir as obrigações determinadas na norma e reproduzidas no termo quanto à movimentação da conta e

⁴²⁰ Cf., ainda, Instrução Normativa SLTI 4/2008, que dispõe sobre o processo de contratação de tecnologia da informação pela Administração Pública federal.

⁴²¹ Cf. Portarias 346/01, 187/02, 101/03, 485/04, 487/04, 585/04, 300/05 e 20/07 da ANVISA.

utilização dos repasses financeiros. Novamente, não se está diante de um ato consensual, mas de termo de compromisso de conteúdo vinculado⁴²².

Tamanha é a unilateralidade dos termos de compromisso especificada em determinadas normas que elas chegam a estabelecer em anexo o texto do “ajuste” unilateralmente redigido pela Administração Pública e colocado à disposição dos administrados para assinatura, sem qualquer possibilidade de negociação acerca de seus termos. O Decreto 4.846/03, que vincula a autorização para utilização de sementes de soja geneticamente modificadas para uso próprio dos agricultores signatários, proibida pela Lei 8.974/95, indica que o “*termo de compromisso será firmado pelos agricultores de que trata o art. 1º no prazo de até trinta dias da publicação deste Decreto, nos postos ou agências da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, nas agências da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil S.A., cabendo-lhes arcar com os custos dessa obrigação*”⁴²³.

3.4. Métodos alternativos de solução de conflitos

Embora os métodos alternativos para resolução de conflitos ⁴²⁴ – assim compreendidos a mediação, a conciliação e a arbitragem – não integrem o rol de instrumentos consensuais diretamente trabalhados na dissertação⁴²⁵, abre-se um item para deixar registrado o recente fenômeno evidenciado no Direito Regulatório de recepção de tais formas de dirimir conflitos.

De um lado, a Administração Pública submete-se às fórmulas alternativas de resolução de seus próprios conflitos sem o recurso ao Poder Judiciário, como se procede na conciliação e na arbitragem. Por outro, é a própria Administração que dirime os conflitos protagonizados entre concessionários ou permissionários dos serviços públicos regulados e

⁴²² Cf. Instruções 22/03 e 78/08 da ANCINE.

⁴²³ Cf. também Lei 10.814/04.

⁴²⁴ A expressão “*métodos alternativos de resolução de conflitos*” deve-se à notória locução “*alternative dispute resolution*” (ADR) que ficou conhecida no Brasil com as Reformas Processuais para incorporação da conciliação, mediação e arbitragem na prática processual civil, as quais tiveram como um dos principais fundamentos teóricos a literatura norte-americana a respeito dos mecanismos de ADR.

⁴²⁵ Adota-se neste trabalho um modelo estrito de atuação administrativa consensual, por meio da qual a Administração Pública negocia o exercício de suas prerrogativas no âmbito do processo administrativo com a finalidade de terminá-lo consensualmente, i.e., sem a formalização no ato administrativo imperativo e unilateral. Cf. item 2.3.2.

os usuários no exercício de sua competência de resolução de conflitos. Em comum, ambos os mecanismos apontam para técnicas mais céleres e eficazes de resolução de conflitos, o que se compatibiliza com o contexto no qual a consensualidade se afirmou com a abertura normativa aos acordos administrativos em sentido estrito. Passo a expor com maiores detalhes essas duas dinâmicas.

Com relação à primeira manifestação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, em que a Administração figura como parte envolvida na disputa, tem-se como principal motivação para adoção de conciliação ou arbitragem a celeridade no solucionamento do embate quando comparado com a esfera judicial. Conseqüentemente, a solução mais expedita termina por reduzir os custos de uma lide judicial. No entanto, dois aspectos peculiares ao Direito Administrativo fazem dos métodos alternativos de resolução dos conflitos do Poder Público importantes ferramentas contratuais, razão pela qual a arbitragem, por exemplo, é prevista de forma ampla nas Leis 8.987/95 e 11.079/04 para que seja plausível nos contratos de concessão em geral e conta com cada vez mais previsões legais e normativas⁴²⁶.

Na seara contratual, as relações contratuais encontram-se em um cenário de mutação na medida em que aumenta consideravelmente o número de contratos de longa duração para prestação de serviços públicos diversos, geralmente objetos de concessão, com duração de 30, 40 ou 50 anos. A Lei das PPPs, por exemplo, estipula que os contratos de concessão patrocinada ou administrativa devem ter prazo de vigência mínimo cinco anos e máximo de trinta e cinco anos (art. 5º, inc. I). Isso se deve à atual postura da Administração Pública de prestar as utilidades públicas de forma indireta, por intermédio de agente privado, utilizando cada vez menos a fórmula de prestação direta dos serviços públicos.

Os métodos alternativos de solução de conflito garantem a saúde da relação contratual de prazo diferido, pois os conflitos não se prolongam no âmbito judicial, mas são prontamente resolvidos de forma amigável⁴²⁷. Técnicas como conciliação e arbitragem

⁴²⁶ Cf. item 2.4.1.

⁴²⁷ Essa é a expressão adotada pela Lei de concessão comum, a Lei 8.987/95, no correspondente art. 23-A: “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. (artigo acrescentado pela Lei 11.196/2005)”.

minimizam a instabilidade dos contratos administrativos, além de reduzirem os custos de transação na manutenção do pacto relacional⁴²⁸.

Outra motivação substancial corresponde à qualidade das decisões de resolução de conflitos. As sentenças arbitrais são largamente reconhecidas como técnicas porquanto proferidas por profissionais da escolha dos compromissários, geralmente ambientados com o objeto de discussão⁴²⁹. O diferencial técnico vale significativamente para garantia da execução do objeto contratual.

No âmbito normativo, algumas leis quadros das Agências Reguladoras prevêm expressamente a cláusula arbitral como cláusula necessária dos contratos celebrados pelo regulador, a exemplo da Lei 10.233/01⁴³⁰ (ANTT e ANTAQ) e da Lei 9.478/97⁴³¹ (ANP).

A segunda dinâmica dos métodos alternativos de solução de litígios envolve a Administração Pública como arbitadora dos conflitos entre concessionários ou permissionários do serviço público regulado e usuários no âmbito do processo administrativo instaurado nas Agências Reguladoras. Dentre as competências detidas para proceder a regulação, como os poderes normativo e adjudicatório, as Agências Reguladoras dispõem da competência para dirimir conflitos administrativos da exposta natureza⁴³². Embora não sejam todos os entes reguladores que disponham desta competência, significativa parcela detém normas nesse sentido, como o Decreto

⁴²⁸ Na Sociologia do Direito, os contratos de longa duração são designados “*contratos relacionais*”. Como um dos elementos de transformação do Direito Contratual contemporâneo, a ascensão de *contratos relacionais* demonstra uma nova dinâmica de transações sociais e econômicas no bojo da sociedade. Ao contrário dos contratos descontínuos, então prevalentes, verificam-se agora esquemas contratuais com forte projeção para o futuro, que demandam próxima relação entre os sujeitos vinculados para consecução do objeto do contrato. Cf. Ronaldo Porto MACEDO JR., **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**.

⁴²⁹ Cf. Mauricio Portugal RIBEIRO & Lucas Navarro PRADO, **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Fundamentos econômico-jurídicos**, p. 286.

⁴³⁰ Art. 34-A, §2º. “O edital de licitação [de contrato de concessão] indicará obrigatoriamente: (Incluído pela Medida Provisória n.º 2.217-3, de 4.9.2001):

(...)

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

Art. 38, §2º. O edital de licitação [de contrato de permissão] indicará obrigatoriamente:

(...)

XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;”

⁴³¹ “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

(...)

X – as regras sobre soluções de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”.

⁴³² Aragão ou Sérgio Guerra

4.130/02⁴³³ (ANTT e ANTAQ), a Lei 9.427/96⁴³⁴ (ANEEL), o Regimento Interno da ANTAQ⁴³⁵ (Resolução ANTAQ 646/06), o Decreto 5.731/06⁴³⁶ (ANAC), o Decreto 3.692/2000⁴³⁷ (ANA) e o Decreto 2.455/98⁴³⁸ (ANP).

Ao tomar conhecimento de conflitos entre prestadores de serviços e usuários, cabe à Agências Reguladora realizar a mediação por meio da sugestão de soluções para a controvérsia. Havendo mútua anuência, a solução sugerida pela Agência mediadora⁴³⁹ é acatada, pondo fim ao processo administrativo. No entanto, se falharem a conciliação e a mediação, a Agência exerce sua competência adjudicatória ao proferir decisão sobre o objeto de disputa, pondo fim imperativo ao conflito. No caso da ANEEL e da ANP, é prevista a utilização dos casos mediados como subsídio para a regulamentação, um esboço do *reg-neg* do cenário regulatório nacional.

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

⁴³³ Art. 3º. “À ANTT compete, em sua esfera de atuação:

(...)

XXVIII – dirimir administrativamente conflitos de interesses entre o Poder Concedente e os prestadores de serviços de transporte e arbitrar disputas que surgirem entre os referidos prestadores de serviços e entre estes e os usuários”.

⁴³⁴ Art. 3º. “Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no §1º, compete à ANEEL: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004):

(...)

V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;”

⁴³⁵ Art. 4º. “À ANTAQ compete:

(...)

XXXIX – dirimir administrativamente conflitos de interesse entre o Poder Concedente e os prestadores de serviços de transporte aquaviário e de exploração de infra-estrutura aquaviária e arbitrar disputas entre os referidos prestadores de serviços e entre estes e os usuários”.

⁴³⁶ Art. 4º. “Cabe à ANAC adotar medidas para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do país, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

(...)

XX – compor, administrativamente, conflitos de interesse entre prestadores de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária”.

⁴³⁷ Art. 7º. “À Diretoria Colegiada compete:

(...)

XII – Solucionar administrativamente os conflitos referentes aos usos de recursos hídricos de domínio da União, ouvidos os respectivos comitês de bacia, se houver;”

⁴³⁸ Art. 19. “A atuação da ANP, para a finalidade prevista no art. 20 da Lei nº 9.478, de 1997, será exercida, mediante conciliação ou arbitramento, de forma a:

I – dirimir as divergências entre os agentes econômicos e entre estes e os consumidores e os usuários de bens e serviços da indústria do petróleo;”

⁴³⁹ No âmbito da ANEEL, a mediação é conduzida pela Superintendência de Mediação Administrativa Setorial, por exemplo.

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

(Quadro 1 – elaboração própria)

No que tange ao compartilhamento de infra-estrutura, é interessante explicitar a Resolução Conjunta 02/01, vigente no âmbito da ANATEL, ANEEL e ANP. Sua principal atribuição corresponde a disciplinar o método de resolução de conflitos sobre compartilhamento de infra-estrutura que deve ser adotado pela Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras⁴⁴⁰. Também nesta norma é prevista a conciliação, nos seguintes termos: “*se as partes chegarem a um acordo sobre o conflito antes da decisão final, a Comissão, após exame de sua legalidade, o homologará*” (art. 32).

⁴⁴⁰ Resolução Conjunta 02/01, art. 3º. “*Quaisquer conflitos surgidos entre agentes exploradores de serviços públicos de energia elétrica, prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo e agentes exploradores de serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, em matéria de aplicação e interpretação do Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-Estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, quando das negociações e da execução de contratos, poderão ser submetidos à apreciação das Agências*”.

**PARTE III – ESTUDO DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS NO
PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

Capítulo IV – ANÁLISE CRÍTICA DA EXPERIÊNCIA DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO NO CADE

4.1. Notas preliminares: análise funcional do instrumento TCC pela perspectiva administrativista – 4.2. O processo administrativo sancionador antitruste – 4.2.1. SBDC e o processo sancionador antitruste: tempo econômico do processo – 4.2.2. Regulação sancionatória por meio de multas – 4.2.3. Reincidência: incentivo à celebração de acordos administrativos – 4.2.4. Dosimetria das sanções administrativas – 4.2.5. Eficácia das decisões administrativas: judicialização, execução fiscal e baixo recolhimento das multas – 4.3. A atuação administrativa consensual antitruste: estudo dos compromissos de cessação no CADE – 4.3.1. Evolução do tratamento normativo dos termos de compromisso de cessação – 4.3.2. A atual disciplina dos compromissos de cessação – 4.4. Efeitos dos compromissos de cessação: incentivos à consensualidade no processo sancionador antitruste – 4.4.1. Celeridade processual e redução de custos – 4.4.2. Eficiência da decisão administrativa: disciplina do mercado por meio de cominações – 4.4.3. Imediata resposta à sociedade – 4.4.4. Cumprimento espontâneo das decisões: restrições à judicialização – 4.4.5. “*Critério consequencialista de decisão*”: valor presente da sanção esperada – 4.4.6. Incentivos à celebração de compromissos de cessação por parte do representado – 4.5. Análise crítica da dinâmica consensual por meio dos compromissos de cessação

4.1. Notas preliminares: análise funcional do instrumento TCC pela perspectiva administrativista

Dentre as considerações que se podem extrair da segunda parte deste trabalho está a *variedade de instrumentos consensuais* recepcionados pelo Direito Administrativo brasileiro. É possível afirmar que o regime jurídico administrativo reconhece, nos mais variados setores, acordos administrativos com diferentes conformações e funcionalidades, de modo que indicar os efeitos positivos da consensualidade como um todo torna-se tarefa difícil. Se, em termos gerais, a celeridade dos acordos administrativos em comparação à atuação administrativa típica parece ser um elemento comum à consensualidade, da qual pode resultar economia de recursos, certamente outros elementos demandariam um estudo pormenorizado, em que fossem contemplados o desenho do instrumento consensual, as partes compromissárias, o setor, a negociação e demais especificidades do caso concreto.

Mesmo um tipo específico de acordo administrativo detém, por vezes, funcionalidades diversas muito em razão da negociação envolvida para estabelecimento

dos termos do pacto. Tendo em vista que cada negociação é “*única*”, isto é, particularizada ao caso concreto, um determinado acordo substitutivo de sanção pode ter diferentes finalidades e efeitos diferentes.

Pelas razões expostas, não me parece adequado trabalhar a consensualidade de forma unívoca e abstrata. Ao mesmo tempo, uma dissertação de mestrado que se proponha a analisar a atuação administrativa consensual seria incompleta sem o esforço de indicar os efeitos da celebração de acordos entre Administração e administrado. Assim, o estudo aprofundado de um específico instrumento consensual, que sirva de *paradigma de análise* dos demais mecanismos concertados, mostra-se a forma mais adequada para trabalhar a dinâmica da consensualidade.

Este Capítulo tem por objeto a análise do instrumento consensual *termo de compromisso de cessação* (TCC), no âmbito do processo sancionador antitruste do CADE. Diante do dado de que a consensualidade é eminentemente pragmática, tomar contato com os compromissos de cessação celebrados pelo CADE⁴⁴¹ para identificar os respectivos efeitos positivos que levam o CADE à via consensual se coaduna com o componente prático do consenso.

Trata-se de uma *análise funcional*, pois o estudo dos TCCs com base em documentos, pareceres e decisões permite identificar a função que este instrumento efetivamente desempenha no controle de condutas pela autoridade antitruste. Não objetivo, porém, demonstrar qual a decisão – sancionatória ou consensual – seria a mais eficiente no caso concreto, o que demandaria incursões em análises econômicas que fugiria ao escopo do trabalho.

A hipótese considerada é que o estudo do caso dos TCC no CADE permite extrair relevantes considerações ao gênero acordo substitutivo de sanção, aproveitáveis ao Direito Administrativo como um todo.

⁴⁴¹ Dado que o modelo de TCC previsto pela Lei 8.884/94 previa a possibilidade de a SDE firma compromisso de cessação, mas *ad referendum* do CADE, os TCCs transacionados entre SDE e representados foram contabilizados ao lado daqueles outros estabelecidos entre CADE e representados.

4.2. Processo administrativo sancionador antitruste

Traço comum a qualquer forma de ação administrativa, o *processo administrativo* consiste em etapa obrigatória prévia à tomada de decisões pela Administração Pública, como a edição de normas, a resolução de conflitos ou a aplicação de sanções. O *processo administrativo sancionador* corresponde ao procedimento conduzido pelo órgão ou ente administrativo competente para exercer a prerrogativa sancionadora no caso concreto com a finalidade de apurar a responsabilidade administrativa do particular, garantindo-se os direitos constitucionais e legais relacionados ao devido processo legal.

Ao lado da exposta *função subjetiva* do processo administrativo⁴⁴², de garantia dos direitos dos administrados oponíveis à Administração Pública no âmbito do processo, é preciso reconhecer também sua *função objetiva*, segundo a qual o procedimento consiste na arena de formação do ato administrativo e, por essa razão, seu arranjo influi diretamente na eficiência da decisão tomada pelo Poder Público.

Partindo do pressuposto de que o processo administrativo corrobora na conformação da decisão administrativa, e que exercer a competência sancionatória é realizar processo sancionador, interessa descrever o modelo de *processo sancionador antitruste* do CADE pela indicação de alguns dos elementos mais marcantes que oportunamente serão considerados para trabalhar comparativamente o modelo de atuação administrativa consensual da autarquia.

4.2.1. SBDC e o procedimento sancionador antitruste: tempo econômico do processo

Uma das peculiaridades que caracterizam o processo administrativo sancionador antitruste⁴⁴³ é a fragmentação de sua instrução, com a participação dos entes que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) nas diferentes etapas do procedimento. O processo sancionador antitruste não se limita à esfera de competência do CADE, mas se fraciona para integrar todo o sistema concorrencial na medida em que a relevante etapa de instrução se realiza predominantemente na SDE, responsável primeiro

⁴⁴² Cf. Vasco Pereira da SILVA, **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**, p. 402 e ss.

⁴⁴³ O termo “*processo sancionador antitruste*” é tomado em termos amplos nesse trabalho, para abranger, ao lado da etapa de julgamento, também a investigação dos atos de infração.

por conduzir as investigações, enquanto a SEAE participa do processo com a elaboração de pareceres e também com a edição de atos instrutórios.

No exercício da competência de monitorar e acompanhar as práticas de mercado⁴⁴⁴, a SDE instaura processos administrativos diante de indícios de infração à ordem econômica ou promove averiguações preliminares com a finalidade de verificar se a prática investigada pode se enquadrar em uma das tipificações dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94. Neste específico procedimento administrativo, a SDE dispõe de amplos poderes de investigação, estando legitimada a utilizar os instrumentos processuais previstos nos arts. 35, 35-A e 35-B da Lei Antitruste – inspeção, busca e apreensão e acordo de leniência, respectivamente⁴⁴⁵ –, próprios do processo sancionador, em reforço às diligências e meios de produção de provas. A averiguação preliminar não deve durar mais de sessenta dias, prazo máximo legalmente previsto para que o Secretário de Direito Econômico delibere pela instauração de processo administrativo ou determine o arquivamento do procedimento⁴⁴⁶.

Dessa forma, três são as hipóteses fixadas no art. 32 da Lei 8.884/94 que ensejam a instauração de processo administrativo no âmbito da SDE: (i) conhecimento do fato, (ii) representação ou (iii) encerramento das averiguações preliminares. Instaurado o processo administrativo dentro do prazo de oito dias, o representado é notificado para apresentar defesa em 15 dias para, na sequência, iniciar-se a etapa de instrução processual.

A produção de provas pode ser apontada como uma das etapas mais significativas do processo administrativo, sendo um fator determinante à eficácia da disciplina concorrencial. De fato, uma diligência robusta permite reconstruir com riqueza de detalhes o panorama no qual o problema jurídico se insere, com identificação dos direitos envolvidos, dos interesses em jogo e da dinâmica específica do caso concreto.

Principalmente com a reforma da Lei 8.884/94 promovida pela Lei 10.149/2000, o SBDC passou a dispor de instrumentos processuais mais efetivos, que viabilizam uma instrução do processo sancionador mais abrangente. Nessa medida, a referida lei de 2000 deu nova redação ao art. 35 da Lei 8.884/94 para disciplinar de forma mais pormenorizada

⁴⁴⁴ Art. 14, inc. I, Lei 8.884/94.

⁴⁴⁵ Os poderes instrutórios são especificados no art. 4º da Portaria 04/06, do CADE.

⁴⁴⁶ Cf. art. 31, Lei 8.884/94. Nos termos desse mesmo preceito legal, o Secretário da SDE deverá recorrer de ofício caso entenda pelo arquivamento do procedimento.

a realização de diligências e produção de provas e inseriu no texto normativo as figuras da busca e apreensão e do acordo de leniência, respectivamente nos arts. 35-A e 35-B. Tais mecanismos processuais são indicados pelo CADE como um dos elementos responsáveis pelo aprimoramento da investigação das condutas, como pode ser depreendido do trecho transcrito a seguir:

“Sobretudo nos últimos quatro anos, o Brasil experimentou significativos avanços em sua política de repressão às infrações contra a ordem econômica graças ao emprego, nas investigações de cartéis empreendidas pela Secretaria de Direito Econômico, de poderosos instrumentos de produção de provas até então inéditos no Brasil, como o Acordo de Leniência (Caso do Suposto Cartel dos Vigilantes- 2003), a Busca e Apreensão (Caso do Cartel das Britas- 2003) e as interceptações telefônicas em forças-tarefa com a Polícia e o Ministério Público (Caso do Suposto Cartel dos Gases Medicinais- 2004)⁴⁴⁷”.

A SDE tem o prazo de quarenta e cinco dias, prorrogável justificativamente por igual período, para realizar as diligências e produzir as provas que reputa necessárias à apuração da conduta em análise. Para tanto, estão contemplados em seu poder de instrução processual a inquirição de testemunhas, a inspeção em estoques, objetivos, papéis, livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos na empresa investigada⁴⁴⁸, bem como busca e apreensão das mesmas provas indicadas. Ademais, poderá celebrar acordo de leniência com pessoa física ou jurídica autora da infração investigada com a finalidade de, ao menos, identificar os outros co-autores e obter informações e documentos que a comprovem.

Para garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Lei 8.884/94 confere o direito de o representado apresentar provas também no prazo máximo de quarenta e cinco dias (art. 37), quando se dará por concluída a instrução processual. Abre-se o prazo de cinco dias para o representado apresentar as alegações finais e, a seguir, o Secretário de Direito Econômico emite relatório circunstanciado no qual determina pelo arquivamento do processo ou pela remessa dos autos ao CADE para julgamento (art. 39). Assim como procedido nas averiguações preliminares, a decisão de arquivamento configura hipótese de recurso *ex officio*, devendo necessariamente ser levado a conhecimento ao Plenário do CADE pela via recursal.

⁴⁴⁷ Relatório de Gestão 2006, p. 53.

⁴⁴⁸ Art. 35, § 2º e §3º, Lei 8.884/94.

Uma vez no CADE, o processo é distribuído ao Conselheiro-Relator pelo Presidente mediante sorteio. Abre-se vistas à Procuradoria do CADE (Pro-CADE) para se manifestar no prazo de vinte dias (art. 42, Lei 8.884/94). Interessante notar, porém, que o Conselheiro-Relator poderá ampliar a instrução processual por meio de realização de diligências complementares, requisição de novas informações ou conceder ao representado a faculdade de produção de novas provas (art. 43, Lei 8.884/94). Assim, as três entidades que compõem o SBDC detêm poderes instrutórios, em maior ou menor medida, o que demonstra a preocupação do sistema antitruste brasileiro com a produção de provas. O julgamento pelo Plenário do CADE dá-se por maioria absoluta, com presença mínima de cinco membros (art. 49, Lei 8.884/94).

Esta breve descrição do processo sancionador antitruste⁴⁴⁹ demonstra como o procedimento para apuração de infrações à ordem econômica é fragmentado, o que gera relevantes constatações que se relacionam, em certa medida, com o maior recurso a instrumentos consensuais pela autoridade de defesa econômica.

Desde a edição da Lei 8.884/94, a preocupação com o *tempo econômico das decisões do CADE* esteve na pauta das políticas antitrustes. O lapso temporal entre a conduta e a eficácia das decisões do CADE caracteriza, na visão da instituição, uma das questões mais sensíveis à efetiva disciplina dos mercados, acentuando-se com a judicialização de seus atos:

“Da mesma forma com que acontece com os demais direitos difusos e coletivos, a defesa do direito difuso à higidez da ordem econômica, objeto da atuação administrativa do CADE, padece de enormes dificuldades para ser implementada, em razão da morosidade do controle judicial. Isso porque as decisões do CADE reclamam imediata implementação, sob risco de se tornarem inefetivas, face à dinâmica da economia⁴⁵⁰”.

Na “*Estratégia Pentagonal*” do CADE, previsto no Relatório de Atividades referente ao ano de 1996, a autoridade antitruste previu a decisão em tempo econômico como uma das frentes de atuação ao lado da capacitação do SBDC, da difusão da cultura da concorrência, da articulação da atuação do CADE com as políticas públicas e a

⁴⁴⁹ Para uma análise mais detida sobre o processo sancionador antitruste, cf. André Marques GILBERTO, **O Processo Antitruste Sancionador**.

⁴⁵⁰ **Relatório de Gestão 2006**, p. 55.

globalização da defesa da concorrência⁴⁵¹. Nessa linha, o Relatório de Atividades do ano de 1997 aponta a demora do processo administrativo como um dos problemas enfrentados pelo CADE que demandariam a revisão das correspondentes regras processuais, pois “o processo é excessivamente demorado, sendo incompatível com o imperativo da decisão em tempo econômico⁴⁵²”.

Na base desta preocupação está a premissa de que o mercado demanda respostas imediatas, em compasso com a dinâmica econômica, sob pena de o provimento da autoridade antitruste se esvaziar, ou seja, mostrar-se, na prática, inefetivo. Em um procedimento fragmentado, no qual participam diferentes autoridades do sistema concorrencial, o tempo de processamento tende a ser maior se comparado com o processo conduzido de forma concentrada em um único órgão ou ente da Administração Pública. Embora a repartição de competências seja benéfico à especialização das funções, dado que cada ente tende a desenvolver com maior qualidade técnica suas respectivas atribuições, a conseqüente demora na tramitação do processo administrativo é apontada como uma das críticas ao sistema marcadamente fragmentado⁴⁵³.

A mencionada crítica ganha força na medida em que a principal razão da distribuição das competências de defesa da concorrência entre órgãos e entes especializados, esvanece-se com a convergência de funções, seja porque a Lei 8.884/94 minimiza a especialização de funções ao estender a todas as autoridades os poderes instrutórios, seja porque, na prática, o que se verifica é a reiterada aliança da SDE com o CADE para realizar operações de fiscalização. Assim, em 2007 foi lançado o programa “*Defesa Econômica e da Concorrência*”, em cujas frentes estava a superação da fragmentação do SBDC⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ **Relatório Anual 1996**, p. 16-17.

⁴⁵² **Relatório Anual 1997**, p. 61. Outros problemas processuais apontados correspondiam à ausência de sistema de filtragem das denúncias, recorrente inobservância do devido processo legal na tramitação do processo administrativo, falta de garantia do sigilo, tipificação aberta (em especial na conceituação de mercado relevante) e falta de metodologia para produção de provas. *Idem, ibidem*.

⁴⁵³ A superação da fragmentação do SBDC é uma das principais frentes do Projeto de Lei 5.877/05, cuja exposição de motivos indica como um sensível problema à efetiva disciplina da concorrência “a existência de dois órgãos instrutórios (SDE e SEAE) para as decisões do tribunal administrativo (CADE), gerando redundância de atribuições e retrabalho”. p. 2. Nessa medida, propõe que “a principal mudança do ponto de vista organizacional é a eliminação dos múltiplos balcões no SBDC”.

⁴⁵⁴ Também eram metas do programa “*Defesa Econômica e da Concorrência*” a introdução e conscientização das entidades de defesa do consumidor e das sociedades civis organizadas sobre os instrumentos de defesa da concorrência e regulação, introdução da concorrência como marco regulatório nacional e implementação de ações para combate da formação de cartéis. **Relatório de Gestão (Exercício de 2007)**, p. 11-12.

O gráfico abaixo demonstra foi extraído do Relatório de Atividades do CADE referente ao ano de 2008 e demonstra a variação do tempo médio de 2000 a 2008, em dias, que o CADE leva para julgar os processos administrativos:

(Gráfico 1 – Fonte: **Relatório de Gestão (Exercício de 2008)**, p. 21).

4.2.2. Regulação sancionatória por meio de multas

As *sanções* que o CADE dispõe para concretizar o exercício da prerrogativa sancionatória encontram-se previstas na Lei 8.884/94. Em seu art. 23 está indicada a sanção de *multa* contra prática de infrações à ordem econômica, bem como os limites mínimos e máximos do valor da multa conforme a natureza dos sujeitos responsabilizados. No caso de responsabilização de pessoa jurídica, a multa aplicável deverá corresponder de 1% a 30% do valor do faturamento bruto do último exercício⁴⁵⁵; em se tratando de administrador, a multa corresponderá a 10% a 50% do valor aplicável à empresa sancionada⁴⁵⁶; às demais pessoas físicas ou jurídicas, a multa será de seis mil a seis

⁴⁵⁵ “Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

⁴⁵⁶ “Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

(...)

II – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de 10 (dez) a 50% (cinquenta por cento) do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador”.

milhões de UFIR, ou padrão superveniente, se não for possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto⁴⁵⁷.

Conforme a “*gravidade dos fatos*” ou o “*interesse público geral*” envolvido no caso, o art. 24 da Lei 8.884/94 autoriza o CADE a aplicar, isolada ou cumulativamente à sanção de multa prevista no art. 23, *sanções de fazer e de não fazer*, sem caráter eminentemente pecuniário. Dessa forma, poderá determinar que o sancionado publique em jornal extrato da decisão condenatória por determinado lapso temporal (inc. I); proibir de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações por prazo não inferior a cinco anos (inc. II); inscrever o sancionado no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (inc. III); recomendar aos órgãos públicos competentes que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do sancionado ou que não lhe seja concedido parcelamento de tributos federais, bem como requerer o cancelamento no todo ou em parte dos incentivos fiscais ou subsídios públicos (inc. IV); e determinar “*a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial da atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica*” (inc. V).

Apesar da diversidade de sanções previstas na Lei 8.884/94, a *multa* consiste no *principal ato sancionatório* aplicado pela autoridade antitruste em resposta às infrações à ordem econômica. A primazia da multa é verificada primeiramente na própria letra da lei, com reiteradas previsões no decorrer do texto legal e seu destaque no art. 23, que indica apenas a multa como sanção aplicável nas hipóteses de infração à ordem econômica. Nesse sentido, as sanções previstas pelo art. 24 recebem tratamento legislativo subsidiário em relação à multa na medida em que são indicadas como substitutivos ou complementares à multa⁴⁵⁸. Porém, a proeminência da multa como instrumento regulatório antitruste também é verificada na prática do CADE, consistindo na resposta repressiva primeira às condutas anticoncorrenciais.

⁴⁵⁷ “Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: (...)

III – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de seis mil a seis milhões de Unidades Fiscais de Referência – UFIR, ou padrão superveniente”.

⁴⁵⁸ É a redação do *caput* do art. 24: “Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...)”.

Interessante mostrar que a primazia da multa leva o CADE a medir a eficácia de suas ações de controle de condutas por meio do *parâmetro multa*. A atuação da autoridade antitruste será tão mais eficaz, na visão do CADE, (i) quanto maior for o valor da multa aplicada e (ii) quanto maior for o recolhimento dos valores cominados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD)^{459 460}.

Conforme se verifica, há uma “*aposta*” do CADE na repressão das infrações à ordem econômica por meio da multa, principal instrumento sancionatório na regulação antitruste. Embora os outros tipos de sanção aventados sejam aplicados nos processos administrativos, é efetivamente a multa que assume papel de protagonista na atividade sancionatória da autarquia, tanto que, como visto, ela própria avalia o impacto de suas decisões com base no parâmetro multa. Um dos efeitos positivos apontado pelo CADE com a implementação da “*Política de Desburocratização*” pela edição da Resolução 40/05 – RI/CADE revogado pelo vigente – corresponde ao aumento das multas aplicadas, dado que 71% de todas as multas impostas pelo CADE foram efetuadas após 2005, sob a égide desta Resolução 40/05⁴⁶¹.

Há problemas, porém, em não diversificar as sanções administrativas, resumindo a resposta da autoridade antitruste à estipulação de uma ordem pecuniária.

É possível estender o raciocínio para abranger a consensualidade administrativa. Assim como a sanção do tipo multa pode ser a melhor resposta em determinadas ocasiões, apesar de possuir determinadas limitações concretas, também os acordos administrativos podem ser preferidos em determinadas situações. Obviamente, a avaliação de quando aplicar uma sanção ou quando celebrar acordo administrativo, a exemplo do TCC, depende de critérios inclusive econômicos que considerem o perfil dos atores envolvidos no caso

⁴⁵⁹ Segundo o art. 84 da Lei 8.884/94, a multa aplicada pela autoridade antitruste deve ser recolhida pelo sancionado ao FDD, previsto na lei da ação civil pública (art. 13, Lei 7.347/85). Seja pelo pagamento espontâneo do administrado, seja mediante execução judicial forçada, o destino da multa é o FDD para financiamento de projetos prioritariamente relacionados a consumo e meio ambiente juntamente com outros valores recolhidos em ação civil pública.

⁴⁶⁰ A seguinte passagem esclarece o afirmado: “*Somos informados pela imprensa das inúmeras iniciativas dos legitimados para a ação civil pública – honras sejam feitas ao Ministério Público – para obter a reparação, em juízo, de danos causados aos direitos difusos e coletivos. Embora possa gerar a sensação de que ‘algo está sendo feito’, com condenações vultuosíssimas sendo cobradas, dados do Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos – para onde são (ou deveriam ser) vertidos os recursos das ações civis públicas propostas no âmbito da Justiça Federal de todo Brasil – revelam uma situação escandalosa: quase nenhuma dessas ações civis públicas atinge seu objetivo reparador, em termos de condenações efetivamente pagas ao FDD*”. **Relatório de Gestão 2006**, p. 54.

⁴⁶¹ **Relatório de Gestão 2005**, p. 119.

concreto, as características do sistema concorrencial e as peculiaridades do caso concreto, o que vai além do escopo do presente trabalho. Importa, no entanto, apontar que os acordos administrativos não são propriamente medidas alternativas de ação administrativa.

Essa consideração, bastante forte no Direito Administrativo, incorre no risco de limitar as potencialidades da ação administrativa negociada porque esta seria devida apenas quando a atuação administrativa típica se mostrasse falha. O fato é que os acordos administrativos são medidas regulatórias à semelhança dos demais atos administrativos, de forma que um ou outro instituto deve ser escolhido no caso concreto com base na eficiência da medida e no atendimento às finalidades públicas.

Uma segunda ordem de problemas relacionada à limitação da resposta regulatória nos casos de infração administrativa à aplicação de multas, no âmbito do processo sancionador antitruste, relaciona-se ao baixo recolhimento dos valores cominados. Segundo o Relatório de Atividades do CADE referente ao ano de 2007, a inadimplência das condenações por multa em processos administrativos beira a 82%⁴⁶². Uma vez que as condutas são reprimidas com base nas multas, mas elas não são recolhidas espontaneamente ou por intervenção judicial, coloca-se a seguinte questão crucial: o CADE efetivamente disciplina o mercado? A pergunta mostra-se conveniente na medida em que o irrisório *enforcement* das decisões administrativas esvaziaria a autoridade do ente administrativo.

Com relação à tipificação das infrações à ordem econômica sancionadas, até 2005 prevaleciam as condenações por unimilitância⁴⁶³, correspondendo a 38% do total de condenação do CADE desde a edição da Lei 8.884/94, seguida pelo tabelamento de preços (35%). O cartel, que era responsável por apenas 7% dos casos de condenação administrativa, passa a assumir posição de destaque na atividade sancionadora da autoridade antitruste. Embora não tenha sido possível obter dados acerca das matérias sancionadas após 2005, nota-se que o CADE fixou a política de repressão aos cartéis, uma das frentes do programa “*Defesa Econômica e da Concorrência*”.

⁴⁶² “Por fim, os cerca de 82% de inadimplência das condenações em processos administrativos (*stricto sensu*) revela a dificuldade de implementação da atividade de repressão das infrações contra a ordem econômica”. **Relatório de Gestão 2006**, p. 65.

⁴⁶³ *Idem*, p. 83-85.

4.2.3. Reincidência: incentivo à celebração de acordos administrativos

A reincidência é prevista no art. 23, parágrafo único, da Lei 8.884/94, de seguinte redação:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

(...)

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Conforme se depreende do artigo reproduzido, a Lei 8.884/94 não apresenta qualquer critério ou parâmetro para sopesamento da multa decorrente de reincidência conforme o tipo de infração, a correspondente gravidade ou, ainda, a natureza da reincidência, se específica ou não. Há meramente a aplicação categórica do dobro da multa anteriormente determinada pela autoridade antitruste.

Sem pretender discorrer sobre o acerto ou desacerto da medida, é necessário asseverar a relevância desse dado para a atuação administrativa consensual. Diante do vigor da reincidência, o acordo administrativo pode se mostrar uma alternativa considerável ao administrado para evitar possível condenação e, assim, afastar a reincidência ante iminente infração. Ademais, também pode ser almejado pelo administrado nos processos em que já houver sanção administrativa para evitar uma possível nova condenação e, assim, reincidência.

4.2.4. Dosimetria das sanções administrativas

Uma das principais questões do atual Direito Regulatório corresponde à dosimetria das sanções que a Administração Pública, no emprego da prerrogativa sancionatória, aplica aos administrados após apuração de prática de infração em processo administrativo próprio (o processo sancionador). De fato, se é incontroverso que a autoridade pública dispõe de competência para aplicar sanções administrativas – sanções estas definidas nas correspondentes leis formais – a definição da medida do emprego desta prerrogativa é realmente controversa, sendo o Judiciário recorrentemente chamado a arbitrar valores de

multa, principalmente, para adequá-las aos “*princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*”.

Pode-se argumentar que o impasse em relação ao *quantum* da medida punitiva é natural à competência sancionatória: de um lado, o Poder Público tende a aplicar sanções rigorosas tanto para afirmar a sua autoridade em relação aos administrados em geral quanto para garantir o máximo de “*efeito simbólico*” da sanção administrativa, o qual constituiria um incentivo negativo para que outros administrados praticassem infrações. De outro, os particulares buscariam a mínima intervenção estatal em prol da garantia de seus interesses.

Porém, uma segunda ordem de fatores pode ser indicada para explicar as discussões envolvendo a dosimetria das sanções administrativas, em especial a multa, qual seja, a ampla discricionariedade do administrador público no arbitramento da resposta sancionatória estatal àquele que tenha incorrido em infração administrativa. De fato, a composição dos parâmetros por meio do recurso a conceitos jurídicos indeterminados faz com que as leis que disciplinam os setores regulados sejam carentes de critérios objetivos para conformar a sanção administrativa. No caso do CADE, o art. 27 da Lei 8.884/94 se alinha a essa tendência administrativa e fixa diretrizes marcadamente abertas para arbitramento das sanções pela autoridade antitruste:

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei serão levados em consideração:

I – a gravidade da infração;

II – a boa-fé do infrator;

III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV – a consumação ou não da infração;

V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII – a situação econômica do infrator;

VIII – a reincidência.

Como se nota da redação do mencionado art. 27, a Lei 8.884/94 confere ampla margem de liberdade ao administrador público para determinar (i) o tipo de sanção administrativa aplicável, se advertência ou multa, por exemplo, bem como (ii) a intensidade da pena, se correspondente a 1% do valor do faturamento bruto do último exercício da pessoa jurídica sancionada ou a 30%. No entanto, o preceito não trouxe

maiores problemas tão logo houve a edição da Lei 8.884, em 1994. Isso se deve fundamentalmente ao fato de a afirmação do papel institucional do CADE ter sido acompanhada da adoção de uma política inicial de conscientização do mercado brasileiro acerca da relevância da concorrência⁴⁶⁴, em detrimento da repressão imediata.

Até meados do início da década de 1990, o Estado brasileiro era economicamente caracterizado pela intervenção direta no domínio econômico por meio de grandes empresas estatais e pela regulação pautada pelo “*tabelamento de preços*”. Embora o CADE existisse desde 1962, então um órgão da Presidência do Conselho de Ministros e posteriormente ao Ministério da Justiça, a autoridade antitruste brasileira era inexpressiva. Com um propósito educacional, os primeiros anos do CADE foram destinados à doutrina da concorrência nas mais diferentes frentes, inclusive a sancionatória, razão pela qual infrações como tabelamento de preço não foram reprimidas com multas elevadas em um primeiro momento, mas sim indicadas como práticas anticoncorrencias que seriam objeto de fiscalização e controle pelo CADE por meio das advertências^{465 466}.

Passado o estágio inicial, e relativamente bem reconhecido o papel institucional do CADE pelos agentes de mercado, começou a segunda fase de política de combate às condutas anticoncorrenciais pela aplicação de multas vultuosas, até mesmo como uma forma de afirmar a autoridade do CADE perante os administrados. Somente nesse momento foi colocada a questão da dosimetria das sanções administrativas, em especial a multa. A Resolução 36/04 surgiu como resposta ao questionamento com relação às multas por apresentação intempestiva de ato de concentração, então principal foco de atenção. A seguinte passagem retirada de sua exposição de motivos demonstra o sustentado:

“A dosimetria das multas aplicadas pelo CADE tem causado inúmeros questionamentos seja no âmbito do próprio CADE, seja no Poder Judiciário. Nesse sentido, a presente Resolução procura trazer uma

⁴⁶⁴ Até hoje a difusão da cultura da concorrência é uma das bandeiras fortes do CADE, o que pode ser verificado nos relatórios de atividades, que invariavelmente fazem referência às práticas da instituição em prol da afirmação da concorrência no Brasil, como a realização de palestras e a publicação de material educativo.

⁴⁶⁵ Cf. **Cartilha do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**.

⁴⁶⁶ Outra marca desse momento de afirmação institucional do CADE consiste na diminuição do “*estoque*” de processos administrativos acumulados desde a sua origem. Segundo o relatório de atividades referente ao ano de 1997, o setor privado foi alvo de inúmeras denúncias e controles de preços abusivos sem o devido fundamento jurídico ou econômico. Como consequência, as prateleiras do CADE estavam repletas de processos administrativos que obstaculizavam o adequado exercício das competências da autoridade antitruste. **Relatório Anual 1997**, p. 57. O “*acerto de contas com o passado*” foi praticamente realizado, mas até hoje a preocupação com o “*estoque*” de processos administrativos é forte no CADE, motivo pelo qual se buscam melhores números a cada exercício. *Idem, ibidem*.

*contribuição no sentido de uniformizar os critérios que deverão ser levados em consideração para definir o valor da multa a ser aplicada em razão da apresentação intempestiva de um ato de concentração*⁴⁶⁷”.

Como resposta aos impasses atinentes à dosimetria da multa decorrente de apresentação intempestiva de ato de concentração e, principalmente, com vistas a superar a revisão judicial dos atos sancionatórios praticados, o CADE decidiu se auto-vincular em sede regulamentar com a edição da Resolução 36/04, que estabelecia sofisticado critério cartesiano para determinar o “*exato*” valor da multa: “[é] importante lembrar que, devido à relativa complexidade da relação das grandezas do valor de operação e situação econômica dos requerentes, foi desenvolvida uma fórmula matemática capaz de sopesá-la adequando-as aos demais incisos da Resolução”⁴⁶⁸. A redução da subjetividade a zero era um mecanismo de o CADE barrar a revisão judicial destas multas na medida em que o Plenário não mais teria à sua disposição a ampla discricionariedade conferida pela Lei 8.884/94.

Interessante observar que o meio de legitimação da medida adotado pelo CADE é velho conhecido do Direito Administrativo:

*“Além dos dispositivos legais que a Resolução não pôde deixar de considerar, foram observados os princípios que conferem subsídios a edificação do raciocínio em torno das atividades da Administração Pública. Dentre eles, destaca-se: (a) da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e (b) da indisponibilidade, pelo administrador, do interesse público. Destes, decorrem outros princípios, que não se pode deixar de considerar, quais sejam, (a) finalidade, (b), motivação, (c) razoabilidade e (d) proporcionalidade*⁴⁶⁹”.

No entanto, seria a fixação de uma fórmula matemática a alternativa mais adequada para a disciplina da concorrência pela autoridade antitruste brasileira? Em que medida a Resolução 36/2004 efetivamente se compatibilizava com o art. 27 da Lei 8.884/94? Em um contexto em que a discricionariedade se apresenta como um fator indispensável para o regulador conformar a regulação de modo mais consentâneo às especificidades do caso concreto e às finalidades ínsitas a cada setor, seria a discricionariedade verdadeiramente um problema ao emprego da prerrogativa sancionadora a ponto de ser eliminada?

⁴⁶⁷ Exposição de Motivos da Resolução CADE 36/04.

⁴⁶⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁶⁹ *Idem, ibidem.*

A eficiência no procedimento condiciona-se à presença da discricionariedade administrativa⁴⁷⁰. Partindo do pressuposto de que a o desempenho-ótimo da função administrativa relaciona-se à flexibilidade do seu exercício, tem-se que o processo administrativo pormenorizado consiste, no fim, em um contrasenso ao alcance da decisão administrativa eficiente, i.e., proporcional e adequada às especificidades da situação *in concreto*⁴⁷¹. Nesse sentido, a possibilidade de escolha dos instrumentos de ação estatal, verdadeira discricionariedade no âmbito processual, também propicia eficiência⁴⁷².

Dessa forma, a Resolução 44/07 revogou expressamente a Resolução 36/04 para estabelecer outra metodologia de dosimetria da multa por apresentação intempestiva de ato de concentração. Conforme esta nova regulamentação, a multa base corresponde a 60.000 UFIR, acrescida de 600 UFIR por dia de atraso, podendo ser majorado em até 50% se o ato for aprovado com restrições ou de 50% a 100% caso o ato apresentado não seja aprovado.

Com relação à multa resultante de processo administrativo para averiguação de conduta anticoncorrencial, segue-se o parâmetro legal determinado no art. 27 da Lei 8.884/94 e os arts. 475-B e seguintes do Código de Processo Civil⁴⁷³, por força do art. 158, *parágrafo único*, do vigente RI/CADE⁴⁷⁴.

Aplica-se também a Resolução 20/99, parcialmente revogada pela Resolução 45/07. Embora a preocupação do regulamento seja a caracterização de restrições verticais e horizontais, a Resolução mostra-se relevante ao sopesamento da sanção na medida em que exige que o CADE avalie os efeitos da conduta averiguada e as particularidades dos específicos casos levados ao Plenário:

“A análise das condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. As experiências nacional e internacional revelam a

⁴⁷⁰ “No plano da Administração, a possibilidade de uma conformação mais ou menos eficiente do procedimento coloca-se nas zonas de discricionariedade administrativa”. João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, **O Processo Administrativo entre Eficiência e Garantia dos Administrados**, p. 135.

⁴⁷¹ Cf. art. 2º, *parágrafo único*, inciso IX, da Lei 9.784/99: “adoção de forma simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”.

⁴⁷² Floriano Azevedo MARQUES NETO, **Discricionariedade e Regulação Setorial – O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulação Setorial**, p. 574.

⁴⁷³ *In verbis*: “Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo”.

⁴⁷⁴ *In verbis*: “Art. 158. *Parágrafo único*. As multas pecuniárias determinadas pelo CADE, em fase administrativa, deverão ser calculadas e processadas consoantes os arts. 475-B e seguintes do Código de Processo Civil com as alterações trazidas pela Lei nº. 11.232, de 22.12.2005 c/c art. 183 da Lei nº. 8.884/94”.

necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor”.

O que se verifica hoje é a estipulação de multas com valores inquestionavelmente elevados pela autoridade antitruste⁴⁷⁵, que guarda relacionamento direto com a judicialização das multas. Na recente política de combate aos cartéis, por exemplo, constata-se a aplicação de multas elevadas para coibir a conduta ilícita a par de outros mecanismos⁴⁷⁶, conforme se depreende na seguinte passagem:

“O Brasil tem uma experiência ainda incipiente na condenação de cartéis e só recentemente as multas têm sido elevadas, o que pode ser insuficiente para tornar os custos de uma condenação mais previsíveis e críveis junto aos administrados, a ponto de gerar a dissuasão da prática, principal objetivo. Nesse caso, é melhor que não se tenha qualquer acordo, e que a administração pública siga em frente na investigação e condenação de cartéis. Talvez seja esse o custo a ser pago para constituir e consolidar a reputação do combate a cartéis no Brasil e que somente depois de várias e pesadas condenações, confirmadas pelo judiciário, o administrado passe a considerar vantajosa a celebração de um acordo, ainda que lhe seja exigido o reconhecimento de participação na prática investigada e a colaboração nas investigações”⁴⁷⁷.

4.2.5. Eficácia das decisões administrativas: judicialização, execução fiscal e baixo recolhimento das multas

Já foi exposto que a multa, principal sanção administrativa antitruste, condiciona a eficácia da medida sancionatória e, por consequência, a própria efetividade da instituição tanto ao sancionamento quanto ao recolhimento do valor pecuniário cominado. Na prática, evidencia-se que as multas são efetivamente aplicadas pela autoridade antitruste após regular processo administrativo, mas padecem do problema do baixo recolhimento do valor

⁴⁷⁵ Para uma análise da incoerência do desenho do sistema concorrencial brasileiro com a pessoa física sujeito passivo do exercício do poder sancionador estatal, cf. Eduardo Reale FERRARI & Dalton Tria CRUSCIANO, **A Multa Administrativa Antitruste e sua Natureza de Confisco Pessoal**.

⁴⁷⁶ Ao discorrer sobre o sentido do art. 27 da Lei 8.884/94, o ex-Conselheiro do CADE Ronaldo Porto MACEDO JÚNIOR assim se posiciona: “[a] partir da leitura dos itens anteriores, é claro perceber que a sanção deve cumprir a sua finalidade, que é ao mesmo tempo compensatória ou indenizatória (em face dos danos difusos e coletivos por ela provocados – tanto assim que os valores são revertidos em favor do Fundo de Direitos Difusos), também punitiva (ou coercitiva como se mencionou anteriormente), visto que visa desencorajar a prática de condutas semelhantes”. **O Caso White Martins e a Questão da Imposição de Multas no Direito Antitruste**, p. 85.

⁴⁷⁷ Voto da Conselheira Elisabeth FARINA no PA 08012.004674/2006-50.

ao FDD, o que coloca em questionamento a eficácia das medidas de garantia da concorrência. Ademais, a judicialização da política antitruste consiste em outro aspecto prático em constante discussão envolvendo prevenção e repressão de práticas anticompetitivas. O gráfico abaixo sinaliza a progressiva judicialização dos atos administrativos do CADE:

(Gráfico 2 – Fonte: elaboração própria a partir do **Relatório de Gestão (Exercício de 2007)**, p. 68)

O gráfico demonstra o crescente recurso ao Judiciário para deliberar a respeito das decisões tomadas pelo CADE. Embora a estatística tome por base todos os atos administrativos da autarquia, necessário advertir que os aqueles emitidos no âmbito do processo sancionador são recorrentemente levados à apreciação judicial, principalmente em razão dos altos valores das multas aplicadas. Exemplo recente corresponde ao caso AmBev, no qual houve a aplicação da maior multa da história do CADE (R\$ 352,7 milhões) por prática de cartel ao inserir cláusula de exclusividade em contratos celebrados com revendedores, além de incentivos, como descontos e bonificações, para comercialização exclusiva dos produtos da empresa (fidelização dos pontos de venda). A multa aplicada no caso foi questionada em juízo e cassada em sede liminar⁴⁷⁸, o que é bastante representativo de uma das principais críticas deste ente quanto à revisão judicial

⁴⁷⁸ Cf. **Valor Econômico**, 04/09/2009. <http://www.valoronline.com.br/?online/empresas/11/5799752/cade-nao-vai-contestar-acao-da-ambev>.

das decisões do CADE liminarmente⁴⁷⁹ que enseja a adoção de política de relacionamento da instituição com o Poder Judiciário para garantia da eficácia das decisões da autoridade antitruste:

“Este é o grande e verdadeiro desafio da Procuradoria: tornar familiares e compreensíveis ao Poder Judiciários as questões complexas que envolvem as decisões d CADE, assim como a gramática, a lógica e a cultura de defesa da concorrência, para que o controle judicial dos atos administrativos se faça da forma mais adequada possível, garantindo a eficácia da tutela o direito difuso à higidez da ordem econômica⁴⁸⁰”.

As multas aplicadas pelo CADE têm o atributo da auto-executoriedade limitado⁴⁸¹, uma vez que o ente administrativo não pode compelir coercitivamente o cumprimento de sua decisão sancionatória, isto é, o pagamento da multa. Trata-se de um aspecto intrínseco à prerrogativa sancionatória, razão pela qual as demais manifestações do exercício desse poder público também não podem ser objeto de execução forçada no âmbito administrativo. Em casos de inadimplência, cabe à Administração Pública requerer do Judiciário a satisfação coercitiva da multa imposta por meio da execução fiscal (Lei 6.830/80)⁴⁸², instrumento processual adequado para tanto⁴⁸³.

⁴⁷⁹ “Com relação à atuação do Poder Judiciário, o CADE, assim como imagino a Administração Pública em geral, sofre muito com as concessões de liminares desprovidas de qualquer fundamentação quanto à verossimilhança da alegação, fundadas apenas no risco do dano que seria a implementação da decisão do CADE, que, por lei, tem aplicação imediata. Essa prática acaba subvertendo e transformando o Judiciário numa instância administrativa recursal, com efeito suspensivo, ou seja, só se consegue implementar as decisões do CADE depois que, invariavelmente, há ações judiciais das decisões do CADE”. Arthur Sanchez BADIN, *Anais do Seminário “O Judiciário na Defesa da Concorrência”*, p. 49.

⁴⁸⁰ **Relatório de Gestão (exercício de 2007)**, p. 73-74.

⁴⁸¹ É elucidativa a seguinte passagem de Hely Lopes MEIRELLES: “[o] que se faz necessário – como bem adverte BIELSA – é distinguir os atos próprios do poder administrativo, na execução dos quais é irrecusável a auto-executoriedade, dos que lhe são próprios e, por isso mesmo, dependentes da intervenção de outro poder, como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos”. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 162.

⁴⁸² Cf. art. 61 da Lei 8.884/94.

⁴⁸³ Por esse fundamento, a Lei 8.884/94 confere ao Presidente do CADE competência para requerer da Procuradoria a execução das decisões julgadas pelas autarquias e defere ao Plenário do CADE a capacidade de requerer do Judiciário a execução de suas decisões, nos seguintes termos:

“Art. 7º. Compete ao Plenário do CADE:

(...)

XIII – requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei;

Art. 8º Compete ao Presidente do CADE:

(...)

VI – determinar à Procuradoria as providências judiciais para execução das decisões e julgados da autarquia;

Art. 10. Junto ao CADE funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

(...)

II – promover a execução judicial das decisões e julgados da autarquia;”.

Para acompanhamento das decisões proferidas pelo CADE, foi instituída a Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE (CAD/CADE), com a finalidade de fiscalizar o cumprimento da decisão pelo particular e deliberar, de forma fundamentada e formalizada em nota técnica, sobre a execução da mesma. No caso de aplicação de multa, por exemplo, o CAD/CADE era responsável por verificar o recolhimento do valor cominado ao FDD e emitir a correspondente nota técnica para indicar o cumprimento, ou não, da decisão sancionatória. De semelhante forma, os compromissos de fiscalização também eram apreciados pelo CAD/CADE quanto à satisfação das obrigações cominadas nos termos. Pela Resolução 52/09 (Emenda Regimental 02/09), o CAD/CADE foi extinto, tendo sua função de acompanhamento das decisões da autoridade antitruste sido incorporada à Pro-CADE⁴⁸⁴.

Dessa forma, diante da inadimplência, a Pro-CADE emite nota técnica atestando o descumprimento da decisão do CADE ao Plenário para, na sequência, proceder à inscrição do débito na Dívida Ativa⁴⁸⁵ e no Cadastro de Inadimplentes (CADIN)⁴⁸⁶, a quem compete apurar a certeza e liquidez do crédito (art. 166, *caput*, RI/CADE)⁴⁸⁷. Cumprida a etapa preliminar, a Pro-CADE ingressa com ação de execução fiscal da decisão sancionatória, então título executivo extrajudicial nos termos do art. 60 da Lei 8.884/94⁴⁸⁸. O rito do processo de execução das multas segue o disposto na Lei de Execução Fiscal se a decisão da autoridade antitruste ao final de processo sancionador se resume a cominar multa. Se a decisão abranger, ainda, obrigação de fazer ou não de fazer, a execução seguirá o rito do Código de Processo Civil por se tratar de execução ordinária⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ Essa é a exposição de motivos da Resolução 52/09, que aprova a emenda regimental 02/09: “(...) *com vistas a restituir a função de acompanhamento da execução das decisões do CADE à Procuradoria, de modo a propiciar maior celeridade e eficiência no emprego dos diversos instrumentos administrativos e judiciais de execução forçada das decisões do CADE, mediante o aumento do conhecimento técnico de cobrança e a eliminação de etapas redundantes e burocráticas, racionalizando os escassos recursos humanos e materiais da autarquia; (...)*”.

⁴⁸⁵ Cf. art. 59, Portaria 04/06 do Ministério da Justiça.

⁴⁸⁶ De acordo com o art. 167 do RI/CADE, em compasso com a Lei 10.522/02, a inscrição no CADIN cabe apenas após o transcurso de 75 dias da comunicação de existência de débito ao devedor.

⁴⁸⁷ Nos termos do art. 17, inc. III, da Lei Complementar 73/93, “*aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete:*

(...) ”

III – a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes à suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial”.

⁴⁸⁸ Conta o CADE com a prerrogativa processual de preferência das demandas de execução das decisões esta autarquia sobre as demais espécies de ação, ressalvado o habeas corpus e o mandado de segurança. Cf. art. 68, Lei 8.884/94.

⁴⁸⁹ A Lei 8.884/94 faculta ao juiz, em seu art. 66, a imediata adoção das providências contidas na decisão administrativa em razão da gravidade da infração diante de fundado receio de dano irreparável ou de difícil

O gráfico que segue demonstra as ações de execução fiscal ajuizadas pelo CADE em comparação com os créditos inscritos em dívida ativa:

Ações de execução fiscal ajuizadas pelo CADE e créditos inscritos em dívida ativa (2002-2008)

(Gráfico 3 – Fonte: elaboração própria a partir do **Relatório de Gestão (Exercício de 2008)**, p. 30)

Nota-se que a partir de 2006 houve sensível aumento dos créditos inscritos em Dívida Ativa e das ações de execução ajuizadas pelo CADE. Isso se deve fundamentalmente à adoção de determinados objetivos para o triênio 2006/08 com base em avaliação institucional procedida por correição geral realizada em 2006⁴⁹⁰, dentre os quais a inscrição de todos os créditos do CADE em Dívida Ativa e no CADIN, bem como o ajuizamento de todas as execuções fiscais cujos créditos não tenha sido suspensos por determinação judicial. Outras três medidas importantes também foram previstas, quais sejam, (i) a duplicação da arrecadação de multas em relação ao ano de 2005; (ii) o condicionamento à realização de depósito judicial todas as liminares concedidas para

reparação. Cf. também o art. 62 da Lei 8.884/94 que obriga o juiz a conceder tutela específica da obrigação para garantia do resultado prático equivalente ao do adimplemento, sem prejuízo de determinação de providências outras com a mesma finalidade.

⁴⁹⁰ Tendo em vista esse fator de eficácia das decisões do CADE – cumprimento da medida cominada –, em 2006 foi realizada correição geral com a finalidade de identificar os processos que demandam alguma providência da Pro-CADE, formação de banco de dados processual, reorganizar as atividades e rotinas pelo aprimoramento “[d]os mecanismos de controle do cumprimento das decisões do Plenário do CADE e conferindo maior efetividade e sua defesa judicial, bem como atender a “necessidade de uniformização e racionalização das informações para viabilização de um levantamento estatístico confiável e que se possa prestar à formulação de políticas públicas consistentes na gestão dos processos de responsabilidade da Procuradoria”. **Relatório de Gestão 2006**, p. 76. Desta correição geral, verdadeira análise institucional e avaliação de impacto regulatório, resultaram dados demonstrativos da atuação da autoridade antitruste indicativos do cenário sancionador da entidade e os problemas relacionados, utilizados na medida do possível para clarificar os aspectos indicados nesta dissertação.

suspender a exigibilidade de multas; e (iii) “*incentivar e colaborar na implementação de instrumentos de solução negociada de processos administrativos (TCC e TAC) e judiciais (transação judicial), assegurando as cautelas necessárias para preservação do interesse público*”⁴⁹¹. As expostas medidas decorrem do diagnóstico de baixo recolhimento das multas cominadas.

Apesar de não haver dados mais recentes confrontando o valor das multas aplicadas pelo CADE e o valor recolhido ao FDD, por ano, a seguinte tabela gerada pela OCDE pode ser útil à elucidação do baixo recolhimento das multas cominadas por infração à ordem econômica:

Multas impostas e recolhidas por infração contra a ordem econômica			
Ano	Valor cominado	Valor recolhido	Percentual recolhimento
2002	R\$ 2,8 milhões	R\$ 12.770,00	0,45%
2003	R\$ 8,3 milhões	R\$ 620.000,00	7,46%
2004	R\$ 5,6 milhões	R\$ 0,00	0%
Total	R\$ 16,7 milhões	R\$ 632.770,00	3,78%

(Quadro 2 – Fonte: **Competition Law and Policy in Brazil – A Peer Review**, OCDE, 2005)

O baixo recolhimento das multas é atribuído pelo CADE à judicialização da política antitruste. Segundo levantamento realizado em 2005, o CADE constatou que no período de 1994 a 2005 16,2% das condenações em processo administrativo sancionador foram cumpridas, ao passo que 81,8% destas estavam em tramitação judicial⁴⁹². Assim, para garantia da efetividade das decisões tomadas pela autoridade antitruste, foi estimulada a solução consensual dos processos (administrativos e judiciais) pelo CADE para elevar o valor recolhido ao FDD a título de aplicação de multa:

*“Graças ao trabalho acima descrito, em especial (i) ao incentivo da Procuradoria à adoção de formas alternativas de solução negociada do processo administrativos e judicial (transação judicial); (ii) ao aprimoramento das atividades do Setor Contencioso; e (iii) ao maior rigor no controle e registro da Dívida Ativa, foram recolhidos em multas aplicadas pelo CADE em 2006 R\$ 10.715.548,85, mais do que em todo triênio 2003/2005 (R\$ 8.808.463,00)”*⁴⁹³.

⁴⁹¹ **Relatório de Gestão 2006**, p. 99.

⁴⁹² **Relatório de Gestão 2006**, p. 64.

⁴⁹³ *Idem*, p. 101-102.

Associada à inscrição de todos os créditos em Dívida Ativa e ajuizamento de todas as execuções fiscais pendentes, a transação judicial foi um dos elementos essenciais para o aumento do recolhimento das multas, embora o valor ainda permaneça baixo em relação ao total devido ao CADE⁴⁹⁴. Em outros termos, o baixo recolhimento das multas aplicadas ainda é sentido como relevante problema pela autoridade antitruste, o que reforça estratégias alternativas como a consensualidade e até mesmo a retenção do valor da multa via depósito judicial, com aplicação do art. 65 da Lei 8.884/94.

Segundo o art. 65 da Lei 8.884/94, o oferecimento de embargos à execução da decisão do CADE e o ajuizamento de ações para desconstituição da mesma estão condicionados à garantia em juízo do valor cominado⁴⁹⁵. Uma tática para compelir o pagamento da multa ou diminuir seu questionamento judicial consiste em exigir a aplicação do referido art. 65, até então pouco suscitado em juízo, para retenção do valor da multa em juízo. Na prática, o particular tem parcela de seu patrimônio, correspondente ao valor da multa depositado em juízo, indisponível, razão pela qual argumenta estar-se diante de uma efetiva sanção administrativa⁴⁹⁶.

4.3. A atuação administrativa consensual antitruste: estudo dos compromissos de cessação no CADE

4.3.1. Evolução do tratamento normativo dos termos de compromisso de cessação

A figura do compromisso de cessação foi primeiramente prevista na redação original da Lei 8.884/94, em seu art. 53. Assim como a expressiva maioria dos institutos e disciplina previstos na mencionada lei, também o TCC resultou da influência que a

⁴⁹⁴ No ano de 2003 o valor recolhido ao FDD, incluindo as multas por apresentação intempestiva de ato de concentração, foi de R\$ 2.913.928,00; Em 2005, R\$ 2.530.573,64; Em 2006, 10.715.548,85; Em 2007, 21.217.491,32; e em 2008, R\$ 63.366.564,93. **Relatório de Gestão (Exercício de 2008)**, p. 31.

⁴⁹⁵ *In verbis*: “O oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo o valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos, inclusive no que tange a multas diárias”.

⁴⁹⁶ “Verdade seja dita, grande parte dos recursos não recolhidos ao FDD encontra-se depositada judicialmente, graças ao empenho da Procuradoria a partir de 2000, em fazer com que os magistrados aplicassem o até então pouco conhecido art. 65 da Lei 8.884/94, que condiciona a suspensão liminar das decisões do CADE ao depósito do valor integral das multas aplicadas”. **Relatório de Gestão 2006**, p. 56.

experiência norte-americana teve sobre o legislador brasileiro⁴⁹⁷, mais especificamente, a experiência do *consent decree*.

O modelo originalmente determinado pela Lei 8.884/94 autorizava a celebração do TCC pelo CADE ou pela SDE, *ad referendum* do CADE, em qualquer fase do processo administrativo, ou seja, na investigação ou no processo administrativo em sentido estrito⁴⁹⁸. Pela celebração do TCC, o compromitente se obrigaria a cessar a prática investigada ou apurada para suspensão do processo e posterior arquivamento, uma vez que reconhecido o cumprimento do compromisso, que abrangeria obrigações outras que não apenas a principal de cessação, a exemplo da apresentação de relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado⁴⁹⁹.

Ultrapassado o prazo previsto no termo de compromisso sem que se tivesse sido verificada a prática transacionada, e satisfeitas as demais obrigações estipuladas, haveria a terminação consensual do processo administrativo conduzido no âmbito do CADE ou da SDE. O TCC corresponde, portanto, a um instrumento consensual na medida em que formalizado por meio de acordos de vontades entre Poder Público e particular: é imprescindível a anuência do agente privado para que o TCC seja celebrado. Trata-se, assim, de um acordo substitutivo do processo de investigação ou da sanção administrativa que eventualmente seria aplicada se conduzido o processo até a etapa de deliberação pelo Plenário do CADE.

A redação original do art. 53 da Lei 8.884/94 ainda previa a natureza de título executivo extrajudicial do TCC, a exemplo do TAC estabelecido na lei da ação civil pública (Lei 7.347/85). Interessante notar que o texto do art. 53, §4º, *in fine*, não se limitava a indicar a natureza de título executivo extrajudicial ao TCC, mas também se investia a explicitar os efeitos dessa consideração, o que denota a precoce preocupação com a eficácia das decisões do CADE: “o compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial, ajuizando-se imediatamente a sua execução em caso de

⁴⁹⁷ Salgado – citar alguém para demonstrar essa influência

⁴⁹⁸ *In verbis*: art. 53, Lei 8.884/94. “Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada”.

⁴⁹⁹ O art. 53, §1º, alínea c, revogado pela Lei 11.482/07, submetia o compromitente às obrigações de manter as autoridades informadas sobre mudanças na estrutura societária, controle, atividades e localização, além da já apontada obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado.

descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prevista no artigo 60 e seguintes”.

O primeiro modelo de TCC compreendia, ainda, o descumprimento do pacto pelo compromitente. Da leitura da norma extrai-se que o tratamento jurídico pelo descumprimento da obrigação de cessar a prática averiguada ensejava a aplicação de multa cominatória diária, cujo valor obrigatoriamente deveria vir expresso no acordo, por constituir cláusula obrigatória nos termos do art. 53, §1º, alínea *a*. A fixação do valor da multa diária por descumprimento do TCC deveria, porém, observar os parâmetros estabelecidos no art. 25 da Lei 8.884/94, quais sejam, mínimo de 5.000 UFIR ou padrão superveniente, podendo o valor ser aumentado em até vinte vezes diante da situação econômica ou da gravidade da infração. O passo seguinte à multa diária, seria, então, o ajuizamento de ação de execução e a revogação da suspensão do processo administrativo, que prosseguiria até manifestação imperativa e unilateral da autoridade antitruste.

Com relação à alteração do TCC, a redação original do art. 53 da Lei 8.884/94 em comento autorizava a modificação do acordo mediante comprovação da onerosidade excessiva do cumprimento das obrigações pactuadas pelo agente de mercado. Seus limites eram explicitamente fixados no parágrafo 3º: a alteração não poderia acarretar prejuízos para terceiros ou para a coletividade e a nova situação que determinasse a revisão dos termos pactuados não poderia configurar infração à ordem econômica.

A descrição do primeiro modelo de TCC é tomado como parâmetro a partir do qual se desdobrarão as considerações sobre a afirmação da política de compromisso de cessação desenvolvida no CADE. Esse formato delineou as primeiras experiências do TCC no Direito Antitruste brasileiro. Tendo em vista que o TCC não recebeu tratamento regulamentar para especificação de suas características e procedimento, o art. 53 da Lei 8.884/94 era de fato o preceito de disciplina da atuação administrativa consensual do CADE pelo compromisso de cessação.

Em 2000, pela Lei 10.149, acresceu-se parágrafo ao art. 53 para vetar a celebração de compromisso de cessação em situações características de cartel, previstas no art. 21 da Lei 8.884/94: acordo de preços de venda de bens ou de prestação de serviços (inc. I), obtenção ou influência da adoção de conduta uniforme ou concertada pelos concorrentes (inc. II), divisão do mercado (inc. III) e combinação prévia de preços ou ajustamento de

vantagens em licitação (inc. VIII). O art. 53 da lei antitruste, até então permissivo genérico do CADE e da SDE para atuar de forma consensual com relação à cessação de condutas, passa a ter sua aplicação limitada aos casos em que não fosse caracterizado cartel.

A vedação dos TCCs nos processos de investigação de cartel explica-se pelo contexto no qual a Lei 10.149/2000 se insere. Após relatório da OCDE publicado no ano de 2000, foi intensificado o combate a cartéis⁵⁰⁰. Foram incorporadas à Lei 10.149/2000 normas alinhadas com as propostas de aprimoramento do sistema de defesa da concorrência, seja para conferir maior efetividade às investigações, com a previsão da busca e apreensão e do acordo de leniência, seja para enrijecer o combate ao cartel, tido como a infração administrativa mais deletéria. Como parte dessa política de combate aos cartéis, foi, então, inserido o parágrafo 5º ao art. 53 para restringir a celebração de compromissos de cessação a práticas dessa natureza.

Essa alteração legislativa foi especialmente sentida no caso da “*Operação Fanta*”, considerada a maior operação de fiscalização realizada no SBDC. Após denúncia formulada pelo Congresso Nacional, a SDE iniciou investigação de formação de cartel por cinco empresas produtoras de suco de laranja. Foi alegado que desde a década de 1970 existia um cartel para divisão do mercado: o produtor conseguiria vender sua safra somente à empresa com a qual tivesse negociado a safra anterior. Como consequência, os produtores de laranja ficariam sem opção de venda, além de a restrição impedir a entrada de novas empresas no mercado. Ademais, o preço de compra da safra seria manipulado pelas produtoras, determinando o limite de oferta para cada empresa atuante no mercado muitas vezes abaixo do valor de custo. Os citricultores eram, então, coagidos a se submeter ao cartel sob “*pena*” de não terem como escoar sua produção.

No processo de investigação foi celebrado acordo de leniência com ex-diretor de uma indústria de suco pela SDE, o que enriqueceu o processo de instrução probatória do caso e viabilizou a realização da megaoperação de busca e apreensão nas sedes das empresas produtoras de suco investigadas, na Associação Brasileira de Exportadores Cítricos (Abecitrus) e em algumas residências de diretores e funcionários destas

⁵⁰⁰ Trata-se do documento **Competition Law and Policy Developments in Brazil**. OCDE, 2000.

empresas⁵⁰¹. Porém, o acesso aos documentos foi impedido por liminares concedidas pela Justiça, que determinaram o lacre das provas apreendidas.

CADE e SDE propuseram às indústrias investigadas termo de compromisso de cessação para encerramento do processo sem reconhecimento de culpa. Nos termos da minuta do acordo, ficou estabelecido que as empresas pagariam R\$ 100 milhões e se comprometeriam a participar de rigoroso programa de prevenção de cartéis, com auditorias externas e exigência de entrega de relatórios periódicos com indicação das metas alcançadas na execução do programa. Dos R\$ 100 milhões, R\$ 85 milhões seriam destinados a um fundo que seria criado exclusivamente para fomentar produção e pesquisa da citricultura, em benefício dos produtores de laranja.

O parecer da Procuradoria do CADE (Pro-CADE) foi favorável à medida, tendo em vista a alta judicialização das decisões proferidas pelo CADE e a demora para a finalização do processo judicial, como se verifica nos casos da Xerox (1993), do Cartel do Aço (1999) e do caso Nestlé-Garoto (2004), ainda pendentes de trânsito em julgado. Porém, o maior estímulo do lado do CADE para finalizar consensualmente o processo sancionador corresponde ao baixíssimo recolhimento do valor das multas aplicadas. Segundo a Pro-CADE, *“diante desse contexto, a solução negociada dos processos administrativos que visam à aplicação da Lei 8.884/94, na medida em que abrevia os custos e riscos inerentes à morosidade do trâmite judicial, pode se afigurar como uma alternativa para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência*⁵⁰²”. Ademais, a Pro-CADE entendeu que o CADE também estaria autorizado a celebrar termo de ajustamento de conduta (TAC) com a mesma finalidade, nos termos da lei da ação civil pública.

Em sentido contrário, o parecer do Ministério Público indicou que *“uma decisão do CADE encerrando o presente processo administrativo implicará em um sinal negativo para os agentes econômicos do mercado produtivo, quanto à expectativa de ação energética na repressão de cartéis de agentes do setor industrial*⁵⁰³”.

⁵⁰¹ A fiscalização contou com um efetivo de aproximadamente 100 pessoas – dentre as quais técnicos da SDE, agentes da Polícia Federal, Oficiais de Justiça e Advogados da AGU –, tendo ocorrido simultaneamente nos Municípios de São Paulo, Ribeirão Preto, São José do Rio Preto, Araraquara e Bebedouro. Ao todo foram recolhidos 30 sacos de 100 litros contendo computadores, disquetes, CPUs e documentos diversos.

⁵⁰² Parecer Pro-CADE no PA 08000.012720/94-74.

⁵⁰³ Parecer MPF no PA 08000.012720/94-74.

Em julgamento em 2006, o Plenário do CADE rejeitou a proposta de TCC com fundamento na nova redação dada pela Lei 10.149/2000 ao art. 53 da Lei 8.884/94, que impedia a celebração do termo de compromisso nas hipóteses de cartel. Embora o acordo se restringisse aos anos compreendidos entre 1993 e 1999, antes da edição da Lei 10.149/2000, noticiou-se que o cartel continuou até 2004, razão pela qual faltaria autorização normativa para celebração do TCC.

O caso “*Operação Fanta*” colocou em evidência a figura do TCC como instrumento consensual hábil a terminar o processo administrativo de forma concertada entre Poder Público e investigado. Principalmente diante da repercussão do caso, amplamente noticiado, a lógica da consensualidade percebida pelo TCC foi debatida quanto à capacidade jurídica de o instituto viabilizar decisões eficazes ao CADE, contornando problemas relacionados ao *enforcement* da autoridade antitruste, como o baixo recolhimento das multas e a judicialização dos atos do CADE, que, na ponta, terminam por dificultar a disciplina da concorrência.

Desde a sua previsão na Lei 8.884/94, em sua redação original, os TCCs tiveram baixa regulamentação. Na verdade, até a edição da Resolução 41/05 pelo CADE, que estabeleceu o Regimento Interno da autoridade antitruste, o instituto TCC não fora objeto de disciplina infralegal e, mesmo neste, a regulamentação se deu em apenas um aspecto bastante pontual, correspondente à competência do CAD/CADE de acompanhar as decisões proferidas pelo Plenário do CADE, dentre elas, o compromisso de cessação.

Em 2006 o procedimento do TCC no âmbito da SDE foi regulamentado na Portaria 04/06 do Ministério da Justiça. A regulamentação mostra-se bem específica, com a indicação de certas formalidades para aperfeiçoamento do ato bilateral, como a sessão de assinatura do termo, o número de vias do TCC a serem assinados e a remessa do TCC ao CADE, para fins de ratificação (art. 18). Interessante notar, porém, que a minuta do compromisso de cessação deveria ser submetida à consulta pública no prazo de dez dias⁵⁰⁴.

Embora os termos da Portaria 04/06 não vinculasse o CADE, este submeteu algumas de suas minutas de compromisso de cessação à consulta pública (CP), como no

⁵⁰⁴ Com fundamento no art. 31 da Lei 9.784/99, o CADE submeteu a proposta de TCC no PA 08012.00333/1998-25 à consulta pública por oito dias úteis. No entanto, somente a representante apresentou comentários.

exemplo da CP 07/07 referente à minuta de TCC e transação judicial entre CADE e Condomínio Shopping Iguatemi, no período de 09 a 30 de maio de 2007.

A crítica a esse tipo de procedimento se coloca em relação à supressão da fase de negociação entre Administração Pública e administrado, tendo em vista que é a negociação da imperatividade que caracteriza os instrumentos consensuais. A elaboração unilateral da minuta do TCC vincula o futuro compromitente aos termos propostos, aproximando o compromisso de cessação a um contrato de adesão. Nessa linha, a submissão da minuta unilateralmente delineada à consulta pública reforça o caráter vinculante do compromisso de cessação, na medida em que a participação administrativa reveste a decisão tomada pelo Poder Público de maior legitimidade, o que dificulta, ou praticamente impede, a negociação de suas cláusulas pelo agente de mercado.

Ademais, a definição unilateral do TCC e sua submissão à consulta pública denota a necessidade de a autoridade antitruste revestir-se de legitimidade para adotar instrumentos consensuais em detrimento da atuação administrativa típica, formalizada por meio de atos administrativos unilaterais, a exemplo da sanção. Essa insegurança do CADE com relação à sua competência para transacionar pode, em certa medida, ser atribuída à repercussão resultante de alguns dos TCCs minutados ou celebrados, a exemplo do TCC no caso “*Operação Fanta*”. No entanto, a prática resgata antiga resistência ao emprego de fórmulas negociadas pela Administração Pública: a negociação pelo Poder Público, típico ato de Direito Privado, coaduna-se com o regime de Direito Público? Tal questão ganha força quando levada ao campo da atuação administrativa sancionatória, basicamente por conta da “*cultura de repressão*” ainda forte no Direito Administrativo brasileiro, como se a sanção fosse a resposta única para lidar com os procedimentos de apuração da responsabilidade administrativa. Essas questões serão oportunamente analisadas⁵⁰⁵.

4.3.2. Atual disciplina dos compromissos de cessação

A situação dos TCCs no CADE começou a se alterar a partir de 2007, com a edição da Lei 11.482/07 e da Resolução 45/07. Ambos os documentos normativos determinaram profundas mudanças na disciplina jurídica dos compromissos de cessação no CADE, em

⁵⁰⁵ Cf. item 5.5.

compasso com a consideração da atuação administrativa consensual como um meio adequado, ou mesmo preferido em alguns casos, para a defesa da concorrência. Como será verificado, as prescrições das normas correspondem a respostas a dúvidas jurídicas levantadas com as celebrações de TCCs, além de serem em grande medida positivação da dinâmica do instrumento consensual já experimentada na prática do CADE.

Resultado da conversão da MP 340/06, a Lei 11.482/07 modifica diversas leis nas mais variadas matérias, prevendo, por exemplo, a alteração do imposto de renda e a redução da alíquota do CPMF a zero em determinadas hipóteses. Dispôs, também, sobre o art. 53 da Lei 8.884/94, para alterar a redação original por completo e instituir novo regime de tratamento jurídico à celebração de compromissos de cessação no CADE.

No atual modelo de TCC, somente o CADE encontra-se *legitimado* a celebrar TCC, e não mais a SDE *ad referendum* do CADE, em qualquer espécie de processo administrativo⁵⁰⁶. Tendo em vista que os procedimentos administrativos no CADE recebem minuciosa classificação, sendo uma das espécies processuais o “*processo administrativo*” (PA)⁵⁰⁷, a nova redação processual teve por função suprimir qualquer margem de dúvida quanto ao cabimento do TCC ao relacionar o instrumento consensual ao gênero processo administrativo.

O *objeto* do compromisso de cessação foi ampliado para abranger, além da prática sob investigação, os efeitos lesivos dele decorrentes. Com a inédita separação entre ato e efeitos, é possível manter-se a prática do ato legal com modelagem consensual de seus efeitos, o que permite uma disciplina mais eficiente da concorrência com menor restrição nas atividades privadas.

Outro aspecto a ser ressaltado corresponde à explicitação de que o compromisso de cessação encontra-se compreendido no juízo de “*conveniência e oportunidade*” e adstrito aos “*interesses protegidos por lei*” ainda no *caput* do art. 53 da Lei 8.884/94 em comento. A primeira expressão – juízo de oportunidade e conveniência – indica que há

⁵⁰⁶ Esse é o *caput* do art. 53 da Lei 8.884/94: “*Em qualquer espécie de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende ao interesses protegidos por lei. Redação dada pela Lei n.º 11.482, de 2007*”.

⁵⁰⁷ O vigente Regimento Interno do CADE (Resolução 45/07) indica em seu art. 23 as seguintes espécies de procedimento administrativo: acordo de leniência (AL), auto de infração (AI), consulta (Co), medida cautelar (MC), medida preventiva (MP), processo administrativo (PA), recurso voluntário (RV), averiguação preliminar (AP) e restauração de autos (RA).

discrecionalidade na escolha pela atuação consensual pela autoridade administrativa antitruste, ou seja, a decisão de celebrar TCC é discricionária, razão pela qual a celebração do compromisso de cessação não é um direito do administrado, mas sim uma opção condicionada à satisfação das finalidades do sistema antitruste.

Alguns aspectos de ordem prática foram especificados no novo art. 53 por meio da Lei 11.482/07. Primeiramente, foi fixado o período de apresentação da proposta de TCC correspondente a “até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada” (art. 53, §3º, Lei 8.884/94). Quanto à suspensão do processo, foi acrescido parágrafo para determinar que a suspensão limita-se ao representado que firmou o compromisso, sem alcançar os demais interessados no processo⁵⁰⁸. O art. 129-H do RI/CADE prevê a hipótese de suspensão integral do processo administrativo mediante assinatura de compromisso de cessação por todos os representados do processo. Nesta ocasião, será verificado o cumprimento de acordo de leniência pelo representado que o tenha celebrado para assim ser deliberada a suspensão, ou não, do processo.

A celebração do compromisso de cessação determina a suspensão da prescrição para o exercício da prerrogativa sancionadora pela Administração Pública federal, nos termos do art. 3º da Lei 9.876/99⁵⁰⁹, que também abrange o termo de compromisso nos processos sancionadores conduzidos pela CVM⁵¹⁰. Interessante evidenciar que ambos os referidos acordos substitutivos de sanção administrativa tratados pela lei de prescrição da prerrogativa sancionatória têm a base na figura do *consent decree* norte-americano.

Com relação à natureza do TCC de título executivo extrajudicial, a Lei 11.482/07 manteve a referência explícita à condição do compromisso de cessação como título executivo extrajudicial, mas suprimiu a forma de execução do título prevista no art. 53, §4º, da Lei 8.884/94.

Uma das principais alterações em comparação com o primeiro modelo de TCC corresponde, porém, às cláusulas obrigatórias do compromisso. Mantida a obrigação de

⁵⁰⁸ In verbis: “Art. 53. §6º. A suspensão do processo administrativo a que se refere o §5º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. (Incluído pela Lei nº. 11.482, de 2007)”.

⁵⁰⁹ In verbis: “Art. 3º. Suspende-se a prescrição durante a vigência:

I – dos compromissos de cessação ou de desempenho, respectivamente, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994;

II – do termo de compromisso de que trata o §5º do art. 11 da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com redação dada pela Lei 9.457, de 5 de maio de 1997”.

⁵¹⁰ Cf. art. 11, §5º e ss., da Lei 6.385/76, com redação dada pela Lei 9.457/97.

cessar a prática investigada, ou seus efeitos, as demais obrigações não estão mais especificadas no texto legal como se verificava anteriormente. A discricionariedade na composição das obrigações é, assim, maior quando comparado ao primeiro modelo de compromisso de cessação. O valor da multa por descumprimento, agora total ou parcial, não mais se submete aos limites do art. 25 da Lei 8.884/94, de forma que há maior margem de negociação do valor desta multa para estabelecer valor diferente ao parâmetro de 5.000 UFIR determinado no preceito. No caso de descumprimento, o CADE aplica a sanção de multa estabelecida na cláusula necessária, com prosseguimento ao processo administrativo e execução judicial do termo, sem prejuízo das demais medidas administrativas.

A cláusula mais significativa está prevista no art. 53, §1º, inc. III: *“fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível”*.

A cominação de obrigação pecuniária foi a alternativa adotada para lidar com a consensualidade em relação às infrações de cartel, suprimidas do rol de objetos do compromisso de cessação por meio da Lei 10.149/2000. Os TCCs relativos às infrações dos incisos I, II, III e VIII do art. 21 da Lei 8.884/94 voltaram a ser autorizados com a Lei 11.482/07, mas o legislador condicionou a celebração do compromisso de cessação nestas hipóteses ao necessário recolhimento ao FDD de valor pecuniário não inferior à dosimetria mínima prevista no art. 23⁵¹¹. Em outros termos, os TCCs que versem sobre cartel devem conter cláusula de recolhimento de valor correspondente a, no mínimo, 1% do valor do faturamento bruto da empresa compromitente no último exercício; 10% do valor aplicado à empresa em se tratando de administrador direta ou indiretamente responsável pela conduta acordada; e 6.000 UFIR em relação às demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como associações de entidades ou de pessoas.

Outra diferença determinada pela Lei 11.482/07 em relação ao modelo original da Lei 8.884/94 consiste na supressão dos efeitos da celebração do compromisso de cessação, quais sejam, o não reconhecimento da matéria de fato e nem da ilicitude da conduta acordada. De acordo com o art. 129-G do RI/CADE, *“nos casos em que houver sido celebrado acordo de leniência pela SDE, o compromisso de cessação deverá*

⁵¹¹ *In verbis*: “Tratando-se de investigação da prática de infração relacionada ou decorrente de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do §1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 desta Lei”.

necessariamente conter reconhecimento de culpa por parte do compromissário. Nos demais casos, a exigência de confissão de culpa ficará a critério do CADE". Dessa forma, no novo modelo de consensualidade por meio do TCC, é possível que o CADE condicione a celebração deste instrumento consensual ao reconhecimento de culpa pelo representado⁵¹², o que defere amplos poderes à autoridade antitruste quando da negociação dos termos do compromisso.

Mediante o reconhecimento da culpa, a margem de negociação das obrigações, multas por descumprimentos e demais elementos do compromisso de cessação termina por ser sensivelmente reduzida. O Poder Público em casos dessa natureza apresenta-se com mais poderes na negociação da imperatividade, o que novamente coloca em xeque a dita relação administrativa horizontalizada na atuação administrativa consensual.

No mais, o modelo de TCC continua o mesmo: celebrado o compromisso de cessação, suspende-se o processo até a satisfação de todas as obrigações no prazo pactuado, após o qual será arquivado. Caso as condições do termo se mostrem excessivamente onerosas ao representado, o CADE poderá determinar a alteração do compromisso desde que não cause prejuízos a terceiros e nem à coletividade.

Se havia baixa regulamentação do primeiro modelo de TCC, a atual disciplina do compromisso de cessação no CADE é marcada pela forte disciplina infralegal, a começar pelo Regimento Interno vigente na autoridade antitruste estabelecido pela Resolução 45/07. Ao contrário dos Regimentos Internos anteriores, que se limitavam a estabelecer a estrutura organizacional do CADE com a repartição de competências entre seus órgãos, o atual RI/CADE reserva o Título IV para dispor sobre os ritos das diferentes espécies de processo administrativo. Nessa medida, também o trâmite do compromisso de cessação está disciplinado no RI/CADE, na Seção IV do diploma normativo, o que se coaduna com o art. 53, §9º, da Lei 8.884/94 (redação dada pela Lei 11.482/07), segundo o qual *"o CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação"*.

⁵¹² A modificação do regime jurídico do compromisso de cessação para admitir o reconhecimento de culpa deve-se à preocupação da SDE em garantir a efetividade do programa de leniência. Segundo depoimento de Luis Fernando SCHUARTZ, *"(...) a SDE pressionava muito para que ela ocorresse nos casos de cartéis hard-core para não atrapalhar o programa de leniência"*. Pedro DUTRA, **Conversando com o CADE**, p. 271.

A redação original dos arts. 129 e 130 do RI/CADE, que especificava o rito do TCC no CADE, era bastante concisa, voltada fundamentalmente a determinar os aspectos formais deste instrumento consensual, como o papel do Conselheiro Relator na propositura do termo, o número de vias para assinatura do compromisso de cessação, o prazo de disponibilização do inteiro teor na página oficial do CADE e a indicação da celebração de TCC na capa do processo administrativo.

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

Para os fins deste trabalho, necessário ressaltar que uma das metas determinadas para superar o cenário de baixo *enforcement* das decisões do CADE corresponde a *“incentivar e colaborar na implementação de instrumentos de solução negociada de processos administrativos (TCC e TAC) e judiciais (transação judicial), assegurando as cautelas necessárias para preservação do interesse público”*⁵¹³.

Em compasso com a demonstrada política de fomento à adoção de instrumentos consensuais para defesa da concorrência, foi submetida a consulta pública, em 2007, minuta de emenda regimental para alterar a disciplina do TCC nos arts. 129 e 130 do RI/CADE, aprovada e formalizada na Resolução 46/07 (emenda regimental 01/07). Além de revogar por completo os artigos mencionados e conferi-lhes nova redação, a Resolução 46/07 acresceu mais oito artigos (art. 129-A a art. 129-H) para disciplinar com minúcia inédita no Direito Administrativo Antitruste o compromisso de cessação.

A regulamentação mais detida do compromisso de cessação associada à crescente motivação do CADE no sentido de atuar cada vez mais por meio de instrumentos consensuais demonstra a valorização do TCC no desenvolvimento das atividades

⁵¹³ **Relatório de Gestão (exercício de 2007)**, p. 75.

administrativas, o que não necessariamente implica reconhecer avançado estágio de consensualidade na autarquia. De fato, a prática de redigir unilateralmente os termos e submetê-los à consulta pública, bem como a obrigatoriedade de recolhimento de quantia pecuniária ao FDD indica que o CADE mantém uma política de baixo envolvimento do administrado na composição do acordo administrativo. A visão dos mecanismos consensuais como meios de horizontalização da relação administrativa pela negociação do exercício da imperatividade entre Poder Público e administrado parece não se sustentar quando analisada a prática do TCC, que mais se assemelha a contrato de adesão com função de *second-best*⁵¹⁴. Questiona-se, assim, a “*consensualidade*” da celebração do TCC no CADE.

No entanto, recente alteração, procedida no RI/CADE por meio da Resolução 51/09, voltada fundamentalmente a disciplinar a importante etapa da negociação dos compromissos de cessação, aponta para uma mudança nesse cenário. Para tanto, foi criada a Comissão de Negociação na estrutura administrativa do CADE para negociar os termos do compromisso e proferir relatório final ao Conselheiro-Relator com recomendação fundamentada pela aceitação ou rejeição da versão final do termo.

No regime anterior, ficava a cargo do CAD/CADE emitir nota técnica sobre a celebração do compromisso de cessação, cabendo à Pro-CADE e ao MPF junto ao CADE manifestar-se sobre a adoção do instrumento consensual em comento, sem que as entidades tivessem capacidade de negociação. A criação de um ente especializado para lidar com a negociação dos compromissos de cessação decorre da valorização da consensualidade no CADE, que determina o aprimoramento dos mecanismos bilaterais de concertação administrativa, no caso, disciplina específica da negociação e constituição de órgão especializado⁵¹⁵. A Comissão de Negociação é formada por três servidores lotados no CADE indicados pelo Plenário para atuar junto a ele. A exposição de motivos da CP 02/2008, que levou à apreciação pública a emenda regimental 03/2008 (Resolução 51/09), clarifica o exposto:

⁵¹⁴ A *second-best theory* se volta à análise das soluções subótimas, para determinar a segunda melhor, tendo como parâmetro o ótimo paretinano. Cf. Paulo SANDRONI (org.), **Novíssimo Dicionário de Economia**, p. 548. A teoria pode ser utilizada para explicar a consensualidade como alternativa subótima nos casos em que a sanção seja a resposta considerada ótima pelo regulador. Essa comparação foi realizada no estudo de Bruce ACKERMAN & Richard STEWART sobre o reg-neg em matéria ambiental. **Reforming Environmental Law**, p. 1361.

⁵¹⁵ Importante indicar que o CAD/CADE foi extinto pela Resolução CADE 52/09.

“A principal alteração, proposta por meio do Memorando n. 48/FMF/2008 do Conselheiro Fernando Furlan, é a criação de comissão composta por no mínimo três servidores lotados no CADE, que será encarregada de negociar as condições dos Termos de Compromisso apresentados com as partes proponentes, e, posteriormente, encaminhar ao Conselheiro-Relator sua recomendação sobre a proposta final. O CADE acredita que tais alterações aperfeiçoam o atual procedimento de tramitação dos Termos de Compromisso. Por um lado, os membros do Plenário não serão mais responsáveis por negociar as propostas encaminhadas, com o que a medida pretende reforçar o seu distanciamento e a sua independência no momento de um eventual julgamento do caso. Pretende-se, também, obter maior eficiência na condução das propostas apresentadas, favorecendo, com isso, a rapidez no julgamento dos processos administrativos sancionadores. O CADE acredita, ainda, que a atuação da Comissão permitirá uma discussão mais ampla, dentro do CADE, a respeito das propostas de termo de compromisso apresentadas, democratizando e legitimando ainda mais a utilização desse importante instrumento de atuação da autarquia⁵¹⁶”.

Pela atual disciplina do compromisso de cessação determinada pela Lei 8.884/94, com a alteração dada pela Lei 11.482/07, em conjunto com o RI/CADE, modificado pelas Resoluções 46/07 e 51/09, as propostas de TCC podem ser formuladas pelo CADE ou pelo representado, a quem incumbe apresentá-la ao Conselheiro-Relator, caso a averiguação preliminar ou o processo administrativo já tenha sido distribuído ao CADE. Deverá ser apresentado ao Presidente do CADE, porém, se tais procedimentos estiverem em tramitação na SDE para que este o distribua a um Conselheiro-Relator. Qualquer que seja o procedimento ou o representado interessado em firmar compromisso com o CADE, a proposta poderá ser formulada apenas uma única vez, nos termos do art. 129-B do RI/CADE. Conforme norma expressa, a apresentação da proposta de compromisso não suspende a tramitação do processo administrativo (art. 129, parágrafo único, RI/CADE) e nem implica em confissão quanto à matéria de fato ou reconhecimento da ilicitude.

O Conselheiro-Relator é responsável pela negociação do conteúdo do TCC, contando, para tanto, com o permanente auxílio da Comissão de Negociação e da SDE, caso assim tenha interesse. A proposta de compromisso de cessação deve ser encaminhada pelo Conselheiro-Relator à Comissão de Negociação para negociação com o representado no decorrer de, no máximo, trinta dias, renovável por igual prazo pelo Conselheiro-Relator *ad referendum* do CADE por iniciativa própria ou mediante provocação da Comissão de Negociação. Ao final da etapa de negociação do compromisso de cessação, a Comissão deve apresentar o já mencionado relatório final, com recomendação fundamentada pela

⁵¹⁶ Exposição de Motivos da Resolução CADE 51/09.

aceitação ou rejeição da versão final do compromisso. Nos termos do art. 129-F, §1º, do RI/CADE, “a versão final do compromisso obriga o proponente, que não pode dispor o contrário, nem condicioná-la ou revogá-la”.

Para melhor desenvolvimento do processo de negociação, o parágrafo único do art. 129-A do RI/CADE determina que “*poderá ser deferido tratamento confidencial à apresentação da proposta, aos seus termos, ao andamento processual e ao processo de negociação, bem como ao valor da contribuição pecuniária*”. A captura do regulador pode ser apontada como um dos principais riscos relacionados à consensualidade na Administração Pública, sendo a negociação o momento ideal para aperfeiçoamento do conluio entre Poder Público e particular. O tratamento confidencial às etapas preliminares ao compromisso de cessação mostra-se extremamente benéfico ao bom andamento da negociação, bem como à modelagem mais eficiente das obrigações pactuadas. No entanto, os atos preliminares praticados pelo CADE, enquanto ente integrante da Administração Indireta, devem necessariamente ser publicados *ex post* em observância ao princípio da publicidade.

Dado o efeito benéfico à celebração do compromisso de cessação alcançado por meio do tratamento confidencial às tratativas, admite-se a relativização do dever de publicidade, mas não a sua supressão, de forma que proposta, termos do compromisso, andamento processual, atas de negociação e valor da contribuição pecuniária devem obrigatoriamente ser concretizados no processo administrativo. Como será oportunamente analisado, publicidade e processo administrativo são fundamentais para a atuação administrativa consensual, a qual demanda um controle eminentemente procedimental para afastar o problema da captura do regulador⁵¹⁷.

Em complementação às cláusulas obrigatórias estabelecidas na Lei 8.884/94 – obrigação de cessar a conduta apurada, cumprimento de outras obrigações pactuadas, estipulação do valor da multa por descumprimento total ou parcial do compromisso de cessação e recolhimento de valor ao FDD – o RI/CADE especifica em seu art. 129-A outras cláusulas que podem ser previstas nos compromissos de cessação, como a adoção de programa de prevenção de infrações à ordem econômica e demonstração do valor do faturamento bruto anual da empresa no último exercício da empresa para fins de

⁵¹⁷ Cf. item 5.4.

composição do valor a ser recolhido ao FDD nas hipóteses de cartel⁵¹⁸. Ademais, se no TCC for estabelecida contribuição pecuniária ao FDD, o compromisso necessariamente terá de apresentar o montante a ser pago, as condições de pagamento, a penalidade por descumprimento total ou parcial, os eventuais beneficiários e as condições específicas para sua execução (art. 130, §1º, RI/CADE).

Assim, cumprida a fase de negociação do compromisso de cessação, a versão final deve ser pautada em caráter de urgência pelo Conselheiro-Relator para julgamento pelo Plenário do CADE. Na sessão de julgamento, o Plenário apenas poderá aceitar ou rejeitar a proposta, sem poder apresentar contraproposta (art. 129-F, RI/CADE). Como de praxe, a decisão será tomada por maioria absoluta, com presença mínima de cinco membros, nos termos do art. 49 da Lei 8.884/94.

Com a extinção do CAD/CADE, passa a ser de atribuição da Pro-CADE emitir nota técnica sobre o cumprimento integral das obrigações. A satisfação de todas as obrigações pactuadas determina a terminação consensual do processo administrativo, quando haverá o arquivamento do processo sem que se aperfeiçoe os efeitos da responsabilização administrativa, quais sejam, perda da primariedade ou determinação de reincidência, bem como aplicação de sanção administrativa.

A tabela abaixo sistematiza os principais aspectos da dinâmica de celebração de termos de compromisso, por modelos:

⁵¹⁸ O art. 129-E determina que “o CADE, na avaliação do valor da contribuição pecuniária, levará em conta, entre outros, o momento de propositura do compromisso e o mínimo legal estabelecido no art. 23 da Lei 8.884/94”.

Modelos de TCC no CADE

<i>Elementos</i>	<i>Primeiro Modelo de TCC</i>	<i>Atual modelo de TCC</i>
Legitimado	CADE SDE <i>ad referendum</i> do CADE	CADE
Processo administrativo	Qualquer espécie	Qualquer espécie
Momento	Qualquer momento do processo administrativo	Até a sessão de julgamento
Obrigações	Cessar a prática investigada Apresentar relatórios periódicos sobre a atuação no mercado Informar sobre mudanças na estrutura societária, controle, atividades e localização	Cessar a prática investigada Cessar os efeitos lesivos da prática Cumprir as demais obrigações pactuadas Recolher valor ao FDD
Natureza	Título executivo extrajudicial	Título executivo extrajudicial
Descumprimento	Aplicação de multa cominatória diária calculada com base no art. 25 Prosseguimento do processo administrativo Execução judicial do TCC	Aplicação de multa Prosseguimento do processo administrativo Execução judicial do TCC
Cumprimento	Terminação consensual do processo	Terminação consensual do processo
Alteração	Onerosidade excessiva ao compromissário, desde que não causasse prejuízo a terceiros e à coletividade	Onerosidade excessiva ao compromissário, desde que não causasse prejuízo a terceiros e à coletividade
Vedação à celebração	Hipóteses do art. 21, inc. I, II, III e VIII	Sem vedação expressa
Negociação	Sem previsão específica	Até 30 dias após o encaminhamento da proposta de TCC à Comissão de Negociação
Objeto	Prática sob investigação	Prática sob investigação ou efeitos lesivos
Suspensão do processo	Suspensão do processo mediante celebração do TCC	Suspensão do processo em relação ao compromissário mediante celebração do TCC. O processo pode ser integralmente suspenso se todos interessados celebrarem TCC.
Cláusulas obrigatórias	Valor da multa por descumprimento (art. 25)	Valor da multa por descumprimento Valor a ser recolhido ao FDD No caso de contribuição pecuniária: Montante a ser pago Condições de pagamento Penalidade por descumprimento Eventuais beneficiários Condições de execução
Efeitos da celebração de TCC	Suspensão do processo administrativo Sem confissão quanto à matéria de fato Sem reconhecimento de culpa Sem responsabilidade administrativa	Suspensão do processo administrativo Sem responsabilidade administrativa
Fiscalização	CAD/CADE	Pro-CADE
Tratamento confidencial	Sem previsão	Facultado

(Quadro 3 – Fonte: elaboração própria)

4.4. Efeitos do compromisso de cessação: incentivos à consensualidade no processo sancionador antitruste

Para o estudo do termo de compromisso de cessação no CADE, considera-se o TCC como um instrumento consensual, de natureza substitutiva, cuja celebração põe fim ao respectivo processo administrativo no qual o objeto do acordo esteja em averiguação.

Trata-se de um acordo administrativo na medida em que a sua formalização condiciona-se à manifestação bilateral de vontade entre Poder Público e interessado. Sem a expressa anuência do representado quanto aos termos do pacto, como prazo de vigência e obrigações, dentre elas a obrigação de cessar a prática apurada, o TCC não será formalizado. Ademais, também o compromisso de cessação consiste em um mecanismo consensual em razão de sua dinâmica envolver uma necessária etapa de negociação para desenho bilateral de suas cláusulas. De um lado, o CADE deixa de conduzir o processo administrativo até o momento da decisão, bem como deixa de exercer a prerrogativa sancionadora caso seja comprovada a responsabilidade do representado, em prol da adoção, por este, de comportamentos específicos para garantia da concorrência no mercado disciplinado. Por outro lado, a parte concorda em cumprir determinadas obrigações para cessar o processo administrativo no qual seja parte, sem aplicação de multa ou qualquer outra sanção administrativa.

O compromisso de cessação determina não apenas a negociação das obrigações do termo, mas principalmente a atuação administrativa. É a forma de desenvolvimento das competências administrativas pelo CADE que se coloca para deliberação bilateral entre Administração Pública e administrado, ou seja, se as finalidades antitruste devem ser alcançadas por meio da atuação administrativa típica, inclusive com a aplicação de sanções administrativas, ou se tais fins podem ser satisfeitos de forma consensual com a celebração do compromisso de cessação. Em seus processos sancionadores, o CADE é levado a deliberar, portanto, acerca da dicotomia imperatividade – consensualidade. De fato, integra a esfera de *discrecionabilidade* da Administração Pública a eleição pela forma de atuação administrativa em determinadas situações, ora *imperativa*, ora *consensual*.

A *escolha* por um ou outro modelo de ação administrativa é fundamentalmente guiada pelos efeitos que decorrem de cada categoria de decisão administrativa, imperativa ou consensual, tendo em vista o contexto no qual o caso analisado se insere. Assim,

diversas variáveis interagem para a deliberação, por parte do Poder Público, em celebrar ou não o acordo administrativo, que variam desde contingências da situação concreta até os efeitos que sanção ou TCC podem gerar na disciplina de mercados. Invariavelmente, os critérios de *oportunidade* e *conveniência* típicos da discricionariedade administrativa são preenchidos tendo em vista a *eficiência* da decisão tomada pelo Poder Público.

Mas, afinal, por que o CADE atua de forma consensual em algumas situações concretas?

A resposta à indagação é dada por *critérios* para celebração de compromissos de cessação pela autoridade antitruste, o que se relaciona diretamente com os atributos do TCC para satisfação das finalidades do Direito Concorrencial. Como consequência, a determinação dos critérios que levam o CADE a atuar de forma consensual pela celebração de TCC, que somente pode ser obtida por meio da leitura crítica de pareceres e votos acerca das propostas de compromisso de cessação, terminam por indicar os atributos destes específico instrumento consensual.

Se alguns dados de funcionamento do TCC podem ser objetivamente produzidos, como cumprimento das obrigações pactuadas no termo ou o grau de judicialização dos termos, outros demandariam estudos interdisciplinares, a exemplo da determinação da eficiência da medida consensual em comparação à sanção administrativa, que certamente extrapolariam o objeto da presente pesquisa. Diante da delimitação metodológica da dissertação, e tendo em vista que o relevante para o presente estudo empírico é indicar os fatores que levam o Poder Público a optar pela consensualidade em detrimento da chamada atuação administrativa típica, apenas os indicadores objetivos serão reproduzidos, ao passo que o discurso da autoridade antitruste manifestado em pareceres e votos será explorado para identificar os efeitos do TCC não mensuráveis objetivamente.

4.4.1. Celeridade processual

Conforme já apontado, sempre foi forte no CADE a questão do tempo econômico da decisão, tendo sido desde as primeiras avaliações sobre a atuação da autoridade antitruste objeto de análises estatísticas. A grande preocupação da autoridade antitruste

para com a demora na deliberação administrativa está em acompanhar a dinâmica de mercado, que naturalmente demanda decisões quase que imediatistas, pois a decisão administrativa tomada em descompasso com o ritmo do mercado pode colocar em risco a eficácia de seu conteúdo, que poderá não ser cumprido diante das rápidas alterações de cenário.

Essa preocupação é central na análise de estruturas, mas também aparece forte com relação ao controle das condutas e seus correspondentes processos administrativos sancionadores, tanto que o fator tempo pode ser indicado como o principal elemento que move o CADE a celebrar compromissos de cessação. Quando da análise dos votos proferidos e dos “*considerandos*” de alguns compromissos de cessação, certamente o argumento mais utilizado para posicionar-se favoravelmente à celebração do acordo corresponde à economia de tempo, pois a celebração de TCC abrevia o processo administrativo na medida em que a decisão (terminativa consensual) é imediata.

*“O objetivo da Lei 8.884/94 é a prevenção e a repressão às infrações da ordem econômica (art. 1º). O que se busca com o Compromisso de Cessação de prática, como o próprio nome indica, é a cessação da prática denunciada, sem maiores aprofundamentos da investigação, ou se esta já tiver sido feita, **sem maiores delongas na atuação da autoridade**”⁵¹⁹.*

Mesmo com relação aos outros atributos do TCC, que serão analisados na sequência, estes são indicados de forma relacionada com o tempo. Dessa forma, há economia de custos em razão de a decisão consensual ser mais célere que aquela típica, como a sanção administrativa.

Como decorrência da abreviatura do tempo para a decisão final do CADE ensejada pela celebração de compromisso de cessação, a otimização dos recursos é apontado pelo ente como mais um fator que deve ser considerado em prol da atuação administrativa consensual:

“O posicionamento que assumo agora é resultado desse processo de aprendizado e do firme propósito de aumentar a eficácia das decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e de fazer o melhor uso de seus recursos humanos e materiais”⁵²⁰.

⁵¹⁹ Voto do Conselheiro Mércio FELSKY no PA 08012.00333/98-25.

⁵²⁰ Voto da Conselheira Elizabeth FARINA no PA 08700.005281/2007-96.

No caso da judicialização, essa variável fica ainda mais evidente. O atributo de evitar que a decisão tomada (consensualmente) pelo CADE seja apreciada pelo Judiciário é valorizado não porque evita que a autoridade judicial reforme conteúdo da decisão, mas principalmente porque economiza o tempo que seria despendido com todo o trâmite do processo judicial até o trânsito em julgado.

“O compromisso de cessação é um dos instrumentos mais eficazes na política de proteção ao mercado, e tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as ‘démarches’ das ações judiciais⁵²¹”.

A forte preocupação com o tempo econômico da decisão aliada à capacidade de o compromisso de cessação terminar consensualmente o processo administrativo com sensível abreviatura da duração do processo, inclusive judicial, faz com que o TCC seja paulatinamente mais valorizado no CADE como mecanismo hábil a superar o problema já constatado pela autoridade antitruste de demora do provimento administrativo.

No entanto, a forte imbricação entre compromisso de cessação e tempo econômico do processo, em uma quase simplificação das externalidades do TCC à redução do tempo de processamento, gera consequências deletérias com relação à conformação e emprego do instituto jurídico consensual, cada vez mais próximo a uma sanção administrativa que propriamente um mecanismo lastreado na consensualidade⁵²².

4.4.2. Eficiência da decisão administrativa: disciplina do mercado por meio de cominações

Outra ordem de argumentos encontrada nos documentos analisados refere-se à capacidade de o compromisso de cessação constituir em uma decisão mais eficiente na disciplina dos mercados que a aplicação de multa pela autoridade antitruste. Isso se deve fundamentalmente ao fato de a resposta pública à conduta ser *formativa*, voltada à construção das normas internas de disciplina do mercado por meio de cominações dirigidas ao administrado que visam a garantir a concorrência e a licitude das condutas praticadas.

⁵²¹ PA 0800.016384/94-11 apud voto do Conselheiro Mércio FELSKY no PA 08012.00333/98-25.

⁵²² Cf. item 4.5.

Os acordos administrativos, a exemplo do TCC, projetam-se para o futuro, ao contrário das sanções que consistem em respostas repressivas marcadamente retroativas.

Ademais, as obrigações cominadas têm estreito relacionamento com as características do mercado e as especificidades do caso concreto, de forma que a disciplina pela autoridade antitruste mostra-se mais próxima à realidade da situação problema e, assim, tendentemente mais eficaz.

“Por outro lado, o termo de compromisso de cessação de prática (‘TCC’) representa um trade-off entre a probabilidade de condenação e o interesse do administrado em afastar as despesas, inconvenientes e riscos presentes em um julgamento por suposto ilícito contra a ordem econômica. Por parte da Administração, representa uma escolha entre a condenação incerta e a também contingente e demorada confirmação pelo Judiciário em oposição ao pronto estabelecimento de programas de educação e obediência pelo administrado e, em casos de cartel, ao recolhimento adicional de ônus pecuniário não trivial⁵²³”.

Interessante destacar como a cláusula relativa às obrigações ganhou força nos compromissos de cessação no decorrer da experiência do CADE, o que se coaduna com a afirmação do papel do TCC na regulação dos mercados.

Em um momento inicial, os TCCs eram bastante próximos da redação original do art. 53 da Lei 8.884/94. Suas cláusulas eram na grande maioria das vezes reproduções dos parágrafos do mencionado preceito legal, sendo as obrigações pactuadas bastante limitadas. O TCC do mercado de tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo (PA 49/92), um dos primeiros a serem celebrados pela autoridade antitruste, previa como obrigações a prática de preços de acordo com os custos de importação e comercialização e a abstenção, por dois anos, da fixação de preços inferiores aos custos de importação e comercialização⁵²⁴. Nessa linha, os TCCs firmados no mercado de fertilizantes (PA

⁵²³ Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme PRADO no PA PA 08700.005281/2007-96.

⁵²⁴ Essa é a redação das correspondentes cláusulas:

“CLÁUSULA TERCEIRA.

Para consecução do objeto deste instrumento, a BECTON DICKINSON assume a partir da assinatura deste Termo de Compromisso de Cessação, a obrigação de praticar preços, na comercialização de tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo, que estejam em conformidade com seus custos de importação e comercialização.

(...)

CLÁUSULA QUARTA.

SUBCLÁUSULA PRIMEIRA.

A BECTON DICKINSON se compromete, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a se abster de praticar preços inferiores aos preços de custo de importação e comercialização para os tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo – linha ‘Vacutainer’”. PA 49/92.

08000.016384/1994-11) previram obrigações bastantes específicas – como abster-se de recusar venda de matérias-primas a agentes que se organizem para obter descontos por quantidade adquirida –, mas também estabeleceram obrigações compromissórias, redigidas com largo emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como os exemplos transcritos a seguir:

“CLÁUSULA TERCEIRA.

Para consecução do objeto deste instrumento, a COMPROMISSÁRIA assume, a partir a assinatura deste Termo de Compromisso, como obrigações positivas, as prescrições estabelecidas nas subcláusulas desta cláusula.

1ª. Diligenciar, na qualidade de acionista da FERTIFOS, para que as empresas controladas ULTRAFERTIL e FOSFERTIL adotem, no exercício de suas atividades empresariais as seguintes condutas:

(...)

b) promovam uma política justa de financiamentos e descontos em função de quantidades vendidas, tratando de forma igual os concorrentes no mercado de misturadores que estejam em situação semelhante;

c) busquem a eficiência da empresa através de estratégias comerciais saudáveis, que não afastem os concorrentes efetivos ou potenciais⁵²⁵;”.

Após esse estágio inicial, os TCCs firmados pelo CADE passaram a conter obrigações mais concretas e em maior número para disciplinar a conduta em apuração no processo administrativo, ou seja, houve a valorização das cominações pela autoridade antitruste ante o reconhecimento da potencialidade desse mecanismo para efetiva disciplina dos mercados. Na grande maioria dos TCCs firmados pelo CADE principalmente no período de 2000 a 2006, é possível reconhecer certo padrão na cominação dos deveres, padrão esse formado pela estipulação de obrigações cujo conteúdo têm pertinência material com a conduta averiguada e se resumem, via de regra, na cessação da prática investigada. Nesses moldes foram celebrados os seguintes TCCs: TCC no mercado de distribuição de CO₂⁵²⁶, TCC do mercado de televisão por assinatura⁵²⁷, TCC no mercado de distribuição

⁵²⁵ TCC no PA 08000.016384/94-11.

⁵²⁶ “CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS

(...)

3.9. A COMPROMISSÁRIA deverá assegurar aos clientes de CO₂, em contratos vigentes e nos futuros, sejam consumidores finais, empresas de gases industriais, revendedoras, distribuidoras ou transportadores completa liberdade de escolha de aquisição dos produtos nas condições FOB ou CIF, restrita às condições de preço máximo e condições técnicas e de comercialização”. PA 08000.020849/96-18.

⁵²⁷ “A compromissária compromete-se a distribuir os seus produtos pay-per-view de conteúdo esportivo de futebol (“Canais pay-per-view”) para as Operadoras de TV por Assinatura que tiverem contratado com a

de cigarros⁵²⁸, TCC com operadores portuários e recintos alfandegados⁵²⁹, TCC das listas telefônicas⁵³⁰, TCC dos leilões de concessão das usinas de Santo Antônio e Jirau⁵³¹ e TCC no mercado de serviço de provimento de acesso local⁵³².

Embora esse modelo ainda seja adotado, os compromissos de cessação mais recentemente celebrados são marcados por novas cláusulas que estabelecem (i) programas de prevenção a infrações concorrenciais (*antitrust compliance*); (ii) contribuição pecuniária para ser recolhida junto ao FDD e correspondente plano de pagamento; (iii) revestir de maior eficácia a instrução probatória do processo administrativo; e (iv) colaboração técnica do compromissário (*disclosure*).

COMPROMISSÁRIA nos termos da cláusula 2.1. supra, mediante celebração de instrumentos específicos, podendo as operadoras optar por um dos seguintes modelos: (...). PA 08012.003048/2001-31.

⁵²⁸ “CLÁUSULA QUARTA – DAS OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS POSITIVAS

A COMPROMISSÁRIA assume, ainda, as seguintes obrigações positivas:

4.1. Rescindir cláusulas que disponham sobre exclusividade de venda de produtos nos contratos de merchandising, ou em qualquer outros acordos que contenham tais cláusulas, celebrados com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em shopping centers, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da assinatura deste termo”. PA 08012.003303/98-25.

⁵²⁹ “CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS DA COMPROMISSÁRIA

Para consecução do objeto deste instrumento, a COMPROMISSÁRIA assume, a partir da assinatura deste Termo de Compromisso, de forma definitiva, independentemente do prazo de vigência constante na Cláusula Oitava, as seguintes obrigações:

(...)

3.2. A COMPROMISSÁRIA obriga-se a não criar qualquer nova cobrança que tenha por objetivo cobrar dos Recintos Alfandegados e dos Importadores que com estes armazenem cargas provenientes de importação os custos incorridos para adaptação e cumprimento das obrigações do ‘ISPS CODE’”. PA 08012.006805/2004-71.

⁵³⁰ “CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DAS COMPROMISSÁRIAS

Para consecução do objeto deste instrumento, as COMPROMISSÁRIAS assumem as seguintes obrigações:

(...)

V – A COMPROMISSÁRIA TELELISTAS compromete-se a não utilizar o logotipo da COMPROMISSÁRIA TELEMAR em materiais destinados à publicidade/propaganda da própria COMPROMISSÁRIA TELELISTAS, relativas a listas telefônicas impressas. (...)”. PA 08700.003431/01-31.

⁵³¹ “CLÁUSULA SEGUNDA – DAS OBRIGAÇÕES COMPROMISSADAS

2.1. A COMPROMISSÁRIA, neste ato, renuncia em definitivo aos direitos de exigência de exclusividade perante a empresa norte-americana General Eletric Company e todas as demais empresas integrantes do grupo General Eletric no Brasil e no exterior, constantes no documento denominado ‘Ata de Reunião – Minutes of Meeting (MOM)’, de 11.1.2006, ficando a empresa e demais integrantes do Grupo General Eletric inteiramente liberados para negociar e contratar com qualquer outro consórcio interessado em participar dos leilões de concessão das usinas hidroelétricas de Santo Antônio e Jirau”. PA 08012.008678/2007-98.

⁵³² “CAPÍTULO III – DAS OBRIGAÇÕES DA COMPROMISSÁRIA

(...)

Cláusula 4ª. A COMPROMISSÁRIA se compromete a cobrar pelo acesso local, insumo para prestação de serviços de comunicação de dados, os menores valores de acesso local utilizados nas licitações das quais participou com seus concorrentes, considerando os critérios de descontos estabelecidos pela COMPROMISSÁRIA, em caráter isonômico e objetivo, de acordo com a sua política comercial. (...)”. PA 53500.002286/2001.

Em razão da atual disciplina do TCC determinada pela Lei 8.884/94 e pelo RI/CADE, este alterado pela Resolução 46/07, a inédita conformação da dinâmica do compromisso de cessação dita, portanto, um novo formato dos acordos administrativos do qual resultam *novas funcionalidades* ao compromisso de cessação. Se originalmente o TCC fora identificado como instrumento consensual voltado à cessação da conduta sob apuração em processo sancionador, após as reformas realizadas em 2007 ele passou a desempenhar novos papéis, bem mais amplos que a específica conduta que ensejou a celebração do termo.

No TCC do mercado de compra de gado para abate (PA 08012.002493/2005-16), o conjunto de obrigações estipuladas no compromisso não tinha por objeto apenas a conduta, mas sim a disciplina de toda a atividade empresarial do compromissário. Para tanto, o termo previa que até trinta dias após a assinatura do TCC, a compromissária deveria apresentar ao CADE *programa de compliance* (“*antitrust compliance*”) no qual fossem estabelecidas regras internas com a finalidade de auto-regular as atividades desenvolvidas pela empresa quanto aos aspectos concorrenciais para, assim, prevenir infrações.

“CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DA COMPROMISSÁRIA

3.1. Adoção de Programa de Compliance – a COMPROMISSÁRIA compromete-se a implementar regras internas de prevenção a infrações concorrenciais e em adotar programa de Compliance concorrencial, o qual deverá nortear e restringir todo e qualquer ato externo ou interno, da Companhia e seus empregados e propostos perante quaisquer terceiros, mas em especial perante fornecedores, clientes, empresas concorrentes e associações de classe⁵³³”.

Com relação à contribuição pecuniária, constam nos TCCs firmados após 2007 cláusulas que determinam o recolhimento de contribuição pecuniária pela compromissária ao FDD como uma das obrigações a ser adimplida com a finalidade de terminar consensualmente o processo administrativo. Sem natureza de multa, conforme explicitamente indicam os próprios TCCs, a forma de recolhimento da contribuição pecuniária é minuciosamente detalhada em plano de pagamento que contém inclusive com o parcelamento da quantia devida.

⁵³³ PA 08012.011142/2006-79.

TCC – valores de contribuição pecuniária	
PA 08012.002493/2005-16	R\$ 13.761.944,44
	6.000 UFIR
	R\$ 1.376.194, 44
PA 08012.011142/2006-79	R\$ 43.000.000,00
PA 08012.007238/2006-32	R\$ 26.000,00
	6.000 UFIR
PA 08012.010932/2007-18	R\$ 1.594.000,00
PA 08012.004674/2006-50	R\$ 24.218.550,57
PA 08700.001369/2009-09	R\$ 100.000.000,00

(Quadro 4 – Fonte: elaboração própria a partir dos TCCs celebrados pelo CADE de 2007 a 2009)

Também o TCC passa a ser um instrumento utilizado pelo CADE para revestir de maior eficácia a instrução processual, a exemplo do que se verifica com o acordo de leniência, cuja celebração tem resultado em meios de provas de inquestionável importância para determinar a responsabilização administrativa. Um exemplo elucidativo pode ser recolhido do TCC do mercado de cimento e concreto, que dispõe de “*cláusula de obrigação de livre acesso e cooperação*” na qual se estipula o dever de permitir acesso de autoridades concorrenciais e técnicos para participar de diligência, bem como de eventuais eventos e reuniões⁵³⁴.

Por fim, o TCC passa a cumprir o papel de *mecanismo de disclosure* através do qual informações técnicas do mercado envolvido são concedidas pelo compromissário vinculado a cláusula de colaboração técnica no compromisso de cessação⁵³⁵.

⁵³⁴ “3.2. Obrigação de Livre Acesso e Cooperação – Independentemente da existência de processo administrativo, ordem judicial ou aviso prévio e, sendo certo que o presente Termo de Compromisso não implica na celebração de qualquer acordo de leniência, reconhecimento de culpa ou de qualquer ilicitude, a COMPROMISSÁRIA se obriga:

(i) a franquear às autoridades concorrenciais (CADE, SDE/MJ e SEAE/MF) e técnicos de informática do Ministério da Justiça nomeados pelas autoridades concorrenciais para participar da diligência a entrada e vistoria em qualquer de suas dependências, bem como a possibilidade de participar, juntamente com os representantes da COMPROMISSÁRIA, de todo e qualquer evento ou reunião em associação ou sindicatos do setor de cimento e concreto (...). PA 08012.011142/2006-79.

⁵³⁵ “3.2. Obrigação de Livre Acesso e Cooperação – Independentemente da existência de processo administrativo, ordem judicial ou aviso prévio e, sendo certo que o presente Termo de Compromisso não implica na celebração de qualquer acordo de leniência, reconhecimento de culpa ou de qualquer ilicitude, a COMPROMISSÁRIA se obriga:

(...)

(ii) a prestar irrestrita colaboração técnica às autoridades concorrenciais (CADE, SDE/MJ e SEAE/MF), aqui entendida tão somente como obrigação da COMPROMISSÁRIA a apresentar esclarecimentos e elucidar dúvidas técnicas relativamente à fabricação, armazenagem e comercialização dos produtos cimento e concreto no Brasil”. PA 08012.011142/2006-79.

No TCC do mercado de auto-escolas, a obrigação de colaboração técnica se estende para auxílio da autoridade antitruste na análise de instrumentos probatórios: “auxiliar as autoridades com o fornecimento de informações e esclarecimentos requeridos, bem como a análise e interpretação de documentos e de quaisquer outras evidências obtidas durante todo o termo de vigência do presente acordo, relacionadas a investigações envolvendo o mercado explicitado no item acima”. PA 08012.007238/2006-32.

O mais recente TCC das auto-escolas (PA 08012.007238/2006-32) prevê “*plano educativo*” por meio do qual a compromissária se obriga a proferir palestras e eventos diversos com a finalidade de difundir os princípios da livre concorrência no mercado de prestação de serviço de ensino para a habilitação de candidatos à obtenção e renovação da carteira nacional de habilitação. Pode-se evidenciar mais uma funcionalidade do compromisso de cessação, correspondente à *difusão da cultura concorrencial* que, em grande medida, associa-se com os programas de prevenção às infrações concorrenciais.

Dessa forma, a disciplina da concorrência por meio de cominações partiu da conduta objeto de averiguação em processo administrativo sancionador para disciplinar por inteiro as atividades empresariais da compromissária no que toca aos elementos concorrenciais. Além da ampliação do alcance das obrigações, o correspondente conteúdo demonstra quais as funções que o TCC recentemente desempenha no âmbito processual – como a produção de provas e o *disclosure* – e mesmo no cenário concorrencial por meio da difusão dos princípios concorrenciais.

4.4.3. Imediata resposta à sociedade

A sanção administrativa tem forte componente dissuasório. Pela aplicação de uma medida sancionatória específica ao particular após apuração da responsabilidade administrativa em regular processo sancionador, os demais agentes do mercado reconhecem a resposta afletiva pública à infração administrativa, gerando um incentivo negativo à realização de práticas infracionais. Em suma, reconhece-se que a sanção administrativa traz por principal efeito a prevenção de infrações dado o efeito simbólico que dela resulta aos particulares em geral.

Por ser uma resposta considerada dentro do “*tempo econômico*” de decisão do CADE, reconhece-se que o compromisso de cessação possui certo efeito simbólico e, assim, dissuade os demais agentes de mercado a realizar a conduta objeto do acordo consensual. Menos que o grau de incidência da medida estatal na esfera particular, o CADE atrela o efeito dissuasório à capacidade de a autoridade administrativa emitir resposta à conduta no menor tempo possível:

“Além disso, a celebração do compromisso de cessação importará substancial redução de custos sociais, aí incluídos não somente o custo que a Administração incorreria até uma decisão final de mérito e na eventual disputa judicial acerca de legalidade do processo administrativo, mas também o custo privado de continuação do litígio. Outros óbvios benefícios do TCC são o imediato desalinhamento de interesses entre a compromissária e os demais integrantes do pólo passivo do processo administrativo, o efeito dissuasório que tende a reforçar a eficácia da proteção da concorrência e a desobstrução, ainda que parcial, do processo administrativo, que permitirá às autoridades antitrustes focalizar seus esforços em outras investigações⁵³⁶”.

Esse atributo do compromisso de cessação é especialmente caro ao CADE diante do baixo recolhimento das multas aplicadas que, no limite, coloca em xeque a autoridade do Poder Público na repressão de infrações à ordem econômica. Importa para determinar a eficácia das medidas sancionatórias aplicadas pelo CADE não apenas o tempo para a deliberação administrativa, mas principalmente o cumprimento desta decisão pelos sancionados. Em outros termos, a multa administrativa será efetiva se for devidamente recolhida, variando o grau de eficácia de acordo com o momento do recolhimento: a multa será tão ou mais eficaz quanto mais célere for o cumprimento da sanção pelo particular (satisfação espontânea x cumprimento de decisão judicial).

Diante do baixo recolhimento das multas ao FDD, bem como a demora para o cumprimento da decisão sancionatória, geralmente posterior a longa tramitação processual administrativa e judicial, o compromisso de cessação é apresentado pelo CADE como válvula de escape ao sistema ossificado em garantia da eficácia de sua intervenção. Nessa lógica se insere a alteração do art. 53 da Lei 8.884/94 em 2007 para prever a possibilidade de recolhimento de quantia pecuniária ao FDD. Embora os TCCs que contenham cláusula obrigacional nesse sentido sejam enfáticos em afirmar que a contribuição pecuniária não tem natureza sancionatória, o fato é que tal mecanismo surge para que quantia, mesmo que inferior àquela fixada no final do processo sancionador responsabilidade administrativa, seja recolhida em tempo econômico.

Dessa forma, resta mais evidente a resposta pública à conduta praticada pelo compromissário com imediato recolhimento de valor pecuniário, o que contribui para o aumento do efeito dissuasório do compromisso de cessação em imediata resposta à sociedade.

⁵³⁶ Voto do Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva no PA 08700.005281/2007-96.

4.4.4. Cumprimento espontâneo das decisões: restrições à judicialização

Outro fator associado à celebração de acordos administrativos pelo CADE consiste na capacidade de o compromisso de cessação evitar demandas judiciais acerca da decisão administrativa, o que, conforme apontado quando da descrição do processo sancionador antitruste, corresponde a uma das principais questões enfrentadas hoje pelo CADE.

“Se a instrução do processo já estiver concluída, a vantagem para a administração pública, na persecução do interesse público, resume-se a evitar a discussão judicial que implica em custos processuais e postergação do cumprimento da decisão, reduzindo a sua eficácia⁵³⁷”.

Na qualidade de instrumento consensual, aperfeiçoado por meio de consentimentos recíprocos na negociação entre Administração Pública e administrado, o compromisso de cessação é caracterizado pelo cumprimento espontâneo das obrigações estabelecidas no termo. Trata-se de uma decorrência intrínseca à consensualidade: os acordos encerram a litigiosidade pelo cumprimento imediato das obrigações pactuadas, desde que mantidas as condições existentes à época da negociação. Dessa forma, o TCC se mostra ao CADE como interessante barreira à judicialização das decisões administrativas:

“Contudo, há que se deixar claro, para o bom e correto entendimento do instituto [termo de compromisso de cessação], bem como de sua aplicação, que a continuidade e delongas de um processo não se resumem à esfera administrativa, percorrendo, às vezes, a lide, com muito mais demora, a esfera judicial, até que se chegue à decisão definitiva. Isto quer dizer que, por mais legítima que possa ser, de parte a parte, a contenda de interesses públicos e privados, o mercado, bem juridicamente tutelado pela lei, e a coletividade, tutora desse bem, se vêem impedidos de auferir as vantagens de uma cessação espontânea da prática objeto de processo administrativo⁵³⁸”.

É interessante notar, porém, que a preocupação com a judicialização das decisões tomadas pela autoridade antitruste está mais associada ao tempo de demora para sua definitividade que propriamente com o risco de revisão judicial do ato administrativo, conforme se depreende da seguinte passagem:

“Estudo realizado pela Procuradoria do CADE em 2007 revelou que 75% das decisões do CADE proferidas entre 1994/2005 em atos de

⁵³⁷ Voto da Conselheira Elizabeth FARINA no PA 08700.005281/207-96.

⁵³⁸ Voto do Conselheiro Mércio FELSKY no PA 08012.003303/98-25.

concentração cominando obrigações de fazer (por exemplo, alienar ativo ou alterar cláusula contratual) encontram suspensas por força de liminares judiciais. Não obstante, o mesmo estudo revela que apenas 13% das decisões do CADE foram, em sentença de mérito, anuladas ou modificadas. Ou seja, o Poder Judiciário, na quase totalidade dos casos, confirma a decisão do CADE; todavia, quase sempre suspende a decisão, até seu pronunciamento definitivo. Ocorre que o tempo do processo judicial é bem diferente do tempo econômico, e sendo a economia uma realidade dinâmica, a demora na implementação do remédio prescrito pelo CADE pode torná-lo ineficaz⁵³⁹”.

Uma preocupação legítima do Poder Público poderia corresponder à reforma do conteúdo da determinação administrativa pelo Judiciário, pois a decisão judicial seria menos eficiente que aquela adotada no âmbito administrativo. Ademais, constantes reformas judiciais dos atos emitidos pelo CADE poderiam subtrair a autoridade deste ente para disciplinar a concorrência. Para evitar a reforma judicial das decisões tomadas pela autoridade antitruste, o TCC poderia ser considerado como um mecanismo para evitar tal comportamento pelo Judiciário.

No entanto, este aspecto não é considerado pelo CADE quando da análise da oportunidade e conveniência em se adotar o compromisso de cessação em detrimento da atuação administrativa típica por meio de sanções. Uma justificativa para a baixa atenção do ente à revisão judicial da decisão administrativa pode ser explicado pelo alto cotejo pelo Judiciário das demandas que envolvem o CADE que corresponde a aproximadamente 61% dos casos⁵⁴⁰. Prevalece, no que concerne especificamente ao TCC, a preocupação da judicialização quanto ao elemento tempo.

4.4.5. “Critério consequencialista de decisão”: o valor presente da sanção esperada

O “critério consequencialista de decisão” foi elaborado pelo então Conselheiro do CADE Luis Fernando SCHUARTZ para análise da “oportunidade e conveniência” dos TCC nos casos de cartel. A adoção da consensualidade pela autoridade antitruste deveria se pautar na valoração das possíveis consequências relacionadas à celebração, ou não, do acordo administrativo TCC: “a decisão de celebrar os TCC’s como conveniente e oportuna

⁵³⁹ Relatório de Gestão (exercício de 2007), p. 71.

⁵⁴⁰ Cf. Relatório de Gestão (Exercício de 2008), p. 23. Foram contados nesse número as ações em que a tese apresentada pelo CADE foi acolhida (58,3%) ou parcialmente acolhida (2,8%).

*do ponto de vista da Administração Pública se as conseqüências esperadas a ela associadas forem, desse ponto de vista, exclusivamente, ‘estritamente preferíveis’ às associadas à decisão de não celebrá-lo*⁵⁴¹. Assevera-se que esse critério se coaduna com a noção de Direito Administrativo funcionalizado trabalhado nesta dissertação, cuja escolha do meio mais adequado para determinar decisões ótimas ao caso (eficiência) se guia pelos efeitos pretendidos com a medida administrativa⁵⁴².

Para tanto, o critério se pauta no “*valor presente da sanção esperada*” (VPSE), resultado da soma das prováveis sanções à conduta em análise multiplicada pela probabilidade da sua aplicação, considerado o conjunto probatório. O VPSE consistiria em uma medida comparativa dos efeitos da celebração, ou não, do compromisso de cessação, um “*standard inicial*” que seria calibrado no decorrer da experiência acumulada com a atuação sancionatória. Um TCC seria eficiente e oportuno na medida em que o valor da contribuição pecuniária definido nas cláusulas do termo de compromisso fosse, no máximo, 10% inferior ao VPSE, partindo da premissa de que tal contribuição pecuniária mostra-se oportuna e eficiente à Administração Pública se for próxima ao VPSE⁵⁴³.

No entanto, admite-se VPSE inferior ao conjunto de TCC convenientes e oportunos diante de duas variáveis, quais sejam, (i) a magnitude da economia de custos sociais resultante da atividade consensual do CADE, que abrange custos públicos e alocação de recursos privados, e (ii) a magnitude das externalidades positivas do acordo administrativo em comento. São os seguintes efeitos positivos considerados: desalinhamento de interesses entre compromissária e demais interessadas no processo sancionador, eficácia no *enforcement* da legislação de defesa econômica e facilitação da repressão dos outros membros do cartel⁵⁴⁴. Como resultado, tem-se um critério maleável, hábil a lidar com as especificidades do caso concreto.

A principal funcionalidade do VPSE apontada pelo Conselheiro Luis Fernando SCHUARTZ, consiste em estabelecer o termo inicial de negociação do compromisso de cessação, a partir do qual se estrutura o TCC.

⁵⁴¹ Voto no PA 08012.002493/2005-16.

⁵⁴² Cf. Capítulo II, item 2.2.1.

⁵⁴³ Voto no PA 08012.002493/2005-16.

⁵⁴⁴ *Idem, ibidem.*

4.4.6. Incentivos à celebração de compromissos de cessação por parte do representado

Vistos os elementos considerados pelo CADE para definir a oportunidade e a conveniência em celebrar o compromisso de cessação, necessário verificar também quais têm sido as vantagens que impulsionam o particular a formalizar o acordo com a autoridade antitruste. Nesse sentido, a percepção do CADE com relação a essa motivação privada de estabelecer o vínculo consensual também será mapeada para melhor reconhecer a dinâmica de negociação no compromisso de cessação.

Primeiramente, a sanção administrativa representa por si só um incentivo para que seja celebrado o compromisso de cessação. Diante do dispêndio patrimonial resultante da eventual aplicação da multa no final de processo sancionador, em que seja apurada a responsabilidade do interessado por prática de infração à concorrência, a celebração de TCC é apresentada como uma considerável alternativa ao pagamento de vultuosos valores. O TCC ganha força principalmente no atual momento de em que vigora política de aplicação de multas com elevados valores pelo CADE, pelas razões expostas no item 4.2.

Uma motivação adicional para que os particulares firmem TCC com o Poder Público é retirada da própria Lei 8.884/94, cujo art. 23, parágrafo único, determina aplicação da multa em dobro na hipótese de reincidência. Esse elemento faz com que o particular se interesse por celebrar o compromisso de cessação para evitar eventual condenação administrativa pelo CADE, em caso de primariedade, ou para impedir a possível aplicação de multa mais incisiva caso já tenha sido anteriormente sancionado pela autoridade administrativa.

O risco reputacional corresponde a um incentivo fortemente considerado pelos representados para firmar com o CADE compromisso de cessação. No programa de *compliance* apresentado pela compromissária do TCC do cartel de cimento, foram listados diversos riscos decorrentes da violação à legislação concorrencial que ensejaram a celebração do compromisso de cessação, dentre os quais multas, responsabilidade civil e penal, risco contratual e risco reputacional, este definido nos seguintes termos:

“Risco à reputação: as infrações às leis antitruste são cada vez mais consideradas como um comportamento antiético pelos stakeholders, o que pode ter um grave impacto negativo na imagem e reputação do grupo, além de afetar o convencimento geral de que observa os mais altos padrões de governança corporativa. Estudos recentes tendem a

*mostrar uma correlação entre as investigações de cartel e o declínio do preço das ações*⁵⁴⁵”.

Por certo que o afastamento de possível sanção administrativa consiste em um incentivo exclusivo do particular, dada a exorbitância da prerrogativa sancionatória que se concentra com exclusividade no Poder Público. Também, por decorrência, a reincidência e o custo reputacional são específicos aos particulares. Existem, no entanto, motivações comuns a Administração Pública e administrado. Basicamente, redução de litigiosidade, com economia de tempo e custos, consiste na principal motivação comum entre CADE e compromissário na celebração de compromisso de cessação, como fica expresso nas seguintes passagens extraídas de TCCs:

*“Considerando que tanto o CADE como a COMPROMISSÁRIA reconhecem os ônus de toda natureza, tanto para a Administração Pública quanto para a empresa, decorrentes da tramitação do presente feito*⁵⁴⁶”.

*“CONSIDERANDO QUE todas as Partes reconhecem os ônus de toda natureza a que estão sujeitas em decorrência da tramitação do Processo Administrativo*⁵⁴⁷”.

Em algumas passagens se reconhece a cautela do CADE em celebrar compromisso de cessação para que a atuação administrativa consensual não enseje comportamento adverso por parte do representado quanto à motivação para firmar acordos substitutivos. A preocupação da autoridade antitruste está em evitar que os acordos administrativos sejam mal interpretados pelos administrados como complacência do CADE com infrações à ordem econômica, ensejando condutas anticoncorrenciais:

*“Deve-se destacar que o presente instituto deve ser usado com parcimônia e cautela para evitar o incentivo a condutas que violem a livre concorrência. Por essa razão, deve ser utilizado em situações onde a prática sob investigação é de nebulosa e difícil comprovação, de forma que a celebração de um acordo para cessar a prática seja mais benéfica à ordem econômica que as delongas de uma marcha processual de um processo administrativo, cuja conclusão pode não comprovar a concorrência de uma prática anticompetitiva*⁵⁴⁸”.

⁵⁴⁵ PA 08012.011142/2006-79.

⁵⁴⁶ PA 08012.003048/2001-31.

⁵⁴⁷ PA 08700.005281/207-96.

⁵⁴⁸ PA 08700.003431/2001-31.

A antiga disciplina do compromisso de cessação determinada pela redação original do art. 53 da Lei 8.884/94, segundo a qual a celebração do termo não implicaria em reconhecimento de culpa e não confissão quanto à matéria de fato, consistia em outro incentivo à concertação administrativa por parte do particular. Sem a caracterização da responsabilidade em seara administrativa, condenações nas esferas cível e penal eram mais difíceis de se aperfeiçoar. Ainda, uma vez que a celebração do TCC suspende o processo sancionador, a instrução processual é abreviada e tende a restringir a constituição de provas que podem ser “*emprestadas*” para embasar os processos judiciais⁵⁴⁹.

Há na “*Política da SDE – Termo de Compromisso de Cessação de Prática em Cartel*” indicação dos benefícios aos investigados de prática de cartel pela celebração de TCC:

“Da mesma forma, há substanciais ganhos para o investigado em firmar um TCC. Tais benefícios configuram-se de diferentes formas, como o potencial desconto no valor de eventual multa que seria imposta ao final do processo administrativo. Ademais, o encerramento de investigações pendentes proporciona à empresa a oportunidade de direcionar os esforços antes destinado ao processo para outras áreas, utilizando seus recursos de forma mais eficiente. Por fim, as empresas e pessoas físicas envolvidas em uma investigação de cartel podem desejar finalizar suas pendências de forma rápida e, assim, traçar uma linha clara entre suas condutas passadas e futuras”⁵⁵⁰.

4.4.2. Análise crítica da dinâmica consensual por meio dos compromissos de cessação

A partir das análises realizadas sobre a atuação administrativa consensual do CADE pela perspectiva dos compromissos de cessação, retomo a hipótese de que a experiência da autoridade antitruste pode trazer relevantes constatações para o Direito Administrativo em geral.

Neste Capítulo ficou demonstrado que a consensualidade surge no CADE como resultado da influência norte-americana no desenho da Lei 8.884/94, mais especificamente do *consent decree*, fonte de inspiração para a positivação do termo de compromisso de

⁵⁴⁹ O exposto não se verifica no modelo de atuação administrativa típica, por expressa determinação normativa:

Portaria 04/06, art. 60. “A aplicação das sanções previstas na Lei 8.884, de 1994, não prejudica a obtenção de informações, documentos, esclarecimentos orais ou a realização da inspeção por outros meios coercitivos admitidos em direito, nem tampouco exime o faltante das responsabilidades civil e criminal decorrentes”.

⁵⁵⁰ **Política da SDE – Termo de Compromisso de Cessação de Prática em Cartel**, p. 2.

cessação no correspondente art. 53. Com a solidificação do papel institucional do CADE na defesa da concorrência, e a conseqüente maior produção de processos administrativos para análise das condutas, algumas disfuncionalidades do processo sancionador passaram a transparecer e serem sensivelmente sentidas pela autoridade antitruste. Os termos de compromisso passam, então, a serem utilizados como *alternativa pragmática* aos impasses da atuação administrativa típica, formalizada na sanção de multa na grande maioria das vezes.

O dado mais alarmante à instituição analisada corresponde à dificuldade de o CADE responder dentro do tempo econômico às demandas de mercado, o que minaria a eficácia das decisões administrativas tomadas. Basicamente duas causas são exaustivamente indicadas nos Relatórios de Gestão produzidos pela autarquia: (i) fragmentação do SBDC e (ii) judicialização dos atos do CADE⁵⁵¹. Na fundamentação da escolha pela via consensual para terminar o processo sancionador, os Conselheiros apontam a *celeridade* do instrumento consensual como uma das justificativas para adoção do acordo administrativo. Trata-se do efeito positivo mais enaltecido pelo CADE, que enxerga a celebração de compromisso de cessação como uma válvula de escape ao problema da interferência do Judiciário no desenvolvimento de suas competências.

Relacionado à celeridade está o efeito de *immediatismo da resposta regulatória à sociedade*, de forma que a celebração de acordos administrativos pelo CADE consiste em um meio de afirmar a sua autoridade perante os agentes de mercado na medida em que se faz presente com pronta atuação frente a uma determinada conduta. A resposta regulatória dentro do tempo econômico confere eficácia às medidas concorrenciais do CADE. Da celeridade também decorre a *economia de recursos*, outro efeito considerado pelo CADE para agir de forma concertada.

Outro problema do modelo de atuação imperativa que os compromissos de cessação superam, na visão do CADE, corresponde ao baixo cumprimento das decisões sancionatórias. Tendo em vista que a aplicação de sanção resume-se em significativa maioria dos casos a cominar multas, o baixo recolhimento dos valores das multas ao FDD evidenciado coloca que xeque o *enforcement* da autarquia quanto à disciplina das condutas anticoncorrenciais. Lastreado no consentimento mútuo entre Administração Pública e

⁵⁵¹ A judicialização das multas aplicadas pelo CADE é intensificada pela questão da dosimetria do correspondente valor, marcadamente elevada.

administrado, característica inerente a qualquer acordo administrativo, o compromisso de cessação contorna o problema exposto porque seu *cumprimento é espontâneo* por parte do particular interessado.

Some-se a isso o fato de as cominações previstas nos termos se mostrarem efetivos *mecanismos de regulação* do desenvolvimento das atividades econômicas relacionadas no que tange aos aspectos concorrenciais. É notável verificar como as obrigações passaram de simples reprodução do texto legal para complexos esquemas regulatórios, a exemplo do *antitrust compliance*, bem como a ampliação da abrangência das obrigações, da conduta questionada para a atividade econômica desenvolvida pelo compromissário.

Dada a concentração da resposta sancionatória à multa, cuja inadimplência determina a inscrição do crédito em Dívida Ativa e o ajuizamento da ação de execução fiscal devida, a celebração do TCC obstaculiza a judicialização da repressão às condutas não apenas com relação ao questionamento do exercício da competência sancionatória pelo CADE, mas também à satisfação da multa por meio do cumprimento forçado em ação de execução fiscal.

Os incentivos indicados pelo CADE para celebração de compromisso de cessação são dados pelas falhas da atuação sancionatória: firma-se TCC para evitar que a decisão do CADE se torne eficaz fora do tempo econômico. A consideração do TCC como medida *alternativa* à atuação sancionatória determinou que se fortificasse o entendimento do TCC como substituto da sanção, o que se aproxima da noção de *second best*. Desta aproximação resultaram dois efeitos: (i) aumento da atenção dada ao instituto, noticiado pelo maior crescimento de emprego do instrumento pelo CADE e pela disciplina regulamentar cada vez mais minuciosa, e (ii) equiparação prática do TCC a uma sanção de multa.

Com relação à primeira consequência, houve recente transformação do regime administrativo do TCC. Se antes a previsão do instituto era eminentemente legal (art. 53, Lei 8.884/94), com baixa regulamentação, a qual se limitava a dispor sobre pontuais aspectos formais do instrumento consensual, após a edição da Lei 11.482/07, o CADE disciplinou de forma mais específica a dinâmica do TCC em seu RI/CADE e as Resoluções 46/07 e 51/09. No que tange ao aumento de recurso à consensualidade, o gráfico abaixo indica o número de TCC celebrados em comparação aos processos sancionadores e às condenações:

(Gráfico 4 – elaboração própria)

O gráfico aponta para um gradativo aumento proporcional no uso do instrumento consensual compromisso de cessação para resolução dos processos sancionadores antitruste. Todavia, a aplicação de sanção ainda se mostra como o desfecho primeiro destes processos administrativos, que denota o viés repressivo do controle das condutas pelo CADE. Juntamente com o dado de aumento do valor das multas cominadas – R\$ 2,8 milhões e R\$ 6,6 milhões em 2007 e 2008, respectivamente, quanto às multas por atos de concentração intempestivos⁵⁵² –, tem-se um panorama consideravelmente repressivo na atuação administrativa de prevenção e repressão a práticas anticompetitivas.

A segunda consequência da consideração do TCC como mecanismo alternativo à atuação administrativa típica – equiparação do referido instrumento consensual à sanção administrativa –, é verificada pela supressão do dispositivo legal que indicava que a sua celebração não importaria em reconhecimento de culpa e nem em confissão quanto à matéria de fato. Essa medida termina por equiparar o compromisso de cessação ao acordo de leniência e gera o efeito prático de desestimular acordos administrativos, porquanto o compromissário constituirá prova de sua responsabilidade acolhida nas esferas cível e penal.

⁵⁵² Relatório de Gestão (exercício de 2008), p. 15.

Também a transfiguração do compromisso de cessação é reconhecida pela previsão de recolhimento de quantia pecuniária ao FDD como uma das obrigações devidas pelo compromissário. Os valores previstos são milionários, chegando à monta de R\$ 100 milhões no mais recente TCC celebrado pelo CADE com a empresa Whirlpool e sua holding Brasmotor S/A (PA 08700.001369/2009-09). Não sem razão em algumas passagens é possível evidenciar o efeito simbólico da sanção no acordo administrativo analisado:

“Como dito, a investigação e a instrução de casos de cartel são altamente intensivas em recursos humanos e materiais e podem demandar muito tempo para serem concluídas, e os acordos podem contribuir para aumentar a eficácia da atuação do Sistema, na medida em que antecipa medidas punitivas⁵⁵³”.

“O compromisso de cessação que ora proponho, se aprovado pelo e. Plenário, será uma demonstração para todo o mercado que o CADE não tolera práticas que atentem contra o bom funcionamento do mercado, para que o mesmo tenha condições concorrenciais praticáveis. Esta decisão é um alerta para todos os agentes do mercado aqui analisados que, de alguma forma, têm condições ou potencial para, com suas práticas comerciais, causar danos à concorrência, que procurem adequá-las à lei, porque a ninguém é permitido descumpri-la⁵⁵⁴”.

É possível afirmar a verticalidade das relações entre CADE e compromissário no instrumento consensual TCC, que se evidencia desde a etapa de negociação. Quando levado ao campo prático, o argumento da paridade entre Administração Pública e administrado acerca da consensualidade largamente enfatizado pela doutrina não se sustenta, ao menos no caso dos TCC no CADE. Juntamente com o gradativo aumento dos valores das multas aplicadas – R\$ 2,8 milhões e R\$ 6,6 milhões aplicados por ato de concentração intempestivo, respectivamente, em 2007 e 2008 –, tem-se considerável caráter repressivo da prevenção de práticas contrárias à ordem econômica.

Deve-se mencionar, ainda, que o compromisso de cessação tem sido empregado pelo CADE com o objetivo de satisfazer finalidades diversas, razão pela qual é possível reconhecer no TCC novas funcionalidades que somente a cessação da prática investigada ou apurada. Dessa forma, o CADE celebra compromissos de cessação com o fim de constituir provas para responsabilização administrativa dos demais interessados no

⁵⁵³ Voto da Conselheira Elizabeth FARINA no PA 08700.005281/207-96.

⁵⁵⁴ Voto do Conselheiro Mércio FELSKY no PA 08012.003303/98-25.

processo sancionador, algo próximo ao programa de leniência, promover o *disclosure* e regular o mercado envolvido no termo (*antitrust compliance*).

A aproximação do TCC ao acordo de leniência pela internalização de dois elementos próprios deste programa – reconhecimento de culpa e constituição de provas para responsabilização das demais pessoas relacionadas à conduta acordada – já é percebida no âmbito do CADE:

“A afirmação de uma pluralidade de remédios (TCC, leniência ou o próprio desfecho processual), aplicados de acordo com a particularidade de cada acordo entre concorrentes, confere à Administração a prerrogativa de optar a partir de critérios objetivos traçados dentro de sua discricionariedade. A diferenciação entre os institutos, destarte, ao aumentar o poder de individualização do julgar e criar-lhe alternativas, deve ser incentivada, e não suprimida por meio da transposição de regras da leniência ao TCC – o que feriria, ademais, a vontade do legislador, que estabeleceu, no mesmo diploma legal, dois institutos sujeitos a dispositivos legais distintos⁵⁵⁵”.

O “*endurecimento*” do compromisso de cessação verificado deve ser compreendido na política de combate a cartéis do CADE juntamente com a figura do acordo de leniência, que assume papel de importância primeira para garantir a instrução probatória dos processos administrativos com vistas ao combate dos cartéis. Primeiramente, é de se notar que o enrijecimento do TCC se verificou apenas com a reforma da Lei 8.884/94 em 2000, quando foi novamente permitida a celebração de compromisso de cessação nos casos de cartel, dada a abertura de dois mecanismos alternativos à atuação administrativa sancionatória: o acordo de leniência e o compromisso de cessação. Houve receio de que o acordo de leniência não fosse mais empregado pelos investigados, pois o anterior desenho do TCC lhe era mais benéfico, já que não importaria em reconhecimento de culpa. Para garantir que o acordo de leniência continuasse a ser requisitado pelos agentes de mercado e, assim, o processo sancionador contasse com instrução probatória robusta para tornar eficaz a política de combate a cartéis, o compromisso de cessação foi sucessivamente modificado para se assemelhar à figura do acordo de leniência.

O trecho da entrevista concedida pelo ex-Conselheiro do CADE Luis Fernando SCHUARTZ é esclarecedor:

⁵⁵⁵ Voto da Conselheira Elizabeth FARINA no PA 08700.005281/207-96.

“É claro que as condições exigidas pelo CADE para a celebração de TCCs nos casos de cartel devem ser severas o bastante para não transformar a escolha do representado entre propor um TCC ou propor um Acordo de Leniência em uma escolha na qual a propositura do TCC seja sempre a estratégia estritamente dominante, isto é, seja sempre melhor para o representado. Mas os conselheiros do CADE, obviamente, sabem disso, e eu acredito que o Conselho tem agido, na negociação de TCCs, de maneira a evitar esse resultado perverso. Na verdade, assumindo-se que o poder discricionário que a lei atribuiu ao CADE seja usado nesse sentido, é possível inclusive pensar nos dois institutos como se fortalecendo reciprocamente, por exemplo, ao tornar mais prováveis e mais frequentes Acordos de Leniência propostos por um agente participante de um cartel após a celebração, por um outro participante, de um TCC com o CADE. Os custos para os potenciais compromissários, incluindo os custos associados à punição, podem ficar tão altos após o primeiro TCC ter sido celebrado, que a opção da leniência pode se tornar relativamente mais atrativa⁵⁵⁶”.

O saldo é de integral cumprimento dos compromissos de cessação até então firmados⁵⁵⁷. Além de serem todos satisfeitos, os TCC não são questionados em juízo, nem mesmo por terceiros interessados. Geralmente propostos pelos particulares, os TCC são na expressiva maioria do caso aprovados pelo Plenário do CADE. Poucos foram os casos em que a proposta final de TCC, estabelecida após a negociação dos termos, foi rejeitada pelo Plenário do CADE. O Plenário do CADE tem, portanto, clara postura de deferência à proposta de acordo administrativo e sua anterior negociação, por vezes exercendo mera função homologatória, o que demonstra a relevância da fase de tratativas das cominações do termo. Diante da regra do art. 129-B do RI/CADE, que permite a apresentação de apenas uma proposta de TCC, o Plenário do CADE tem apenas a possibilidade de aceitar, ou não, o termo negociado, não podendo apresentar um substituto ou, ainda, participar da negociação das cláusulas do compromisso de cessação⁵⁵⁸. Nada impede, embora não haja precedentes na jurisprudência do CADE, que o acordo seja aprovado com ressalvas.

Assim, embora o presente Capítulo consista em uma análise focada à atuação administrativa consensual do CADE a partir da avaliação do específico instrumento compromisso de cessação, há certa proximidade entre o cenário descrito e a Administração Pública como um todo. Determinados problemas relacionados ao processo administrativo sancionador não são exclusividade da autoridade antitruste, mas perpassam pelos demais órgãos e entes administrativos, especialmente aqueles que exercem atividade regulatória, como as Agências Reguladoras. Demora para processamento da responsabilidade

⁵⁵⁶ Pedro DUTRA, **Conversando com o CADE**, p. 271-272.

⁵⁵⁷ O único caso em que se discutiu a inadimplência do compromisso de cessação se deu no TCC da Globosat. (PA 08012.003048/2001-31). Após novos termos, o compromisso de cessação foi integralmente cumprido.

⁵⁵⁸ Voto de Luis Fernando SCHUARTZ no PA 08057.00025/96-16.

administrativa e judicialização das decisões sancionatórias – seja pelo questionamento das cominações aplicadas pela Administração Pública, seja pela execução dos valores das multas via ação de execução fiscal – são aspectos horizontais à atividade sancionatória do Estado.

É possível, portanto, extrair considerações relevantes à compreensão da atuação administrativa consensual que não se limitam somente ao Direito Concorrencial, mas podem ser aproveitadas pelo Direito Administrativo como um todo.

Vale ressaltar que a ascensão da consensualidade no Direito Público brasileiro menos por um elemento de participação administrativa e mais em razão de necessidades pragmáticas de governança. Isso gera reflexões sobre a função que os instrumentos consensuais desempenham para a satisfação cumprimento das competências administrativas no plano concreto e a forma pela qual as autoridades públicas os empregam, que pode variar significativamente de acordo com o instrumento consensual envolvido, bem como o ente administrativo que o maneje. Deve-se reconhecer, portanto, a instrumentalidade dos mecanismos de consenso no Direito Administrativo assim como a relevância da dinâmica na qual cada tipo de acordo é trabalhado.

O exposto se coaduna com a pluralidade de regimes jurídicos que disciplinam a atuação administrativa consensual, tendo em vista o tipo de instrumento e a instituição pública envolvidos, elementos estes que predicam normas jurídicas específicas para disciplinar as diferentes manifestações do consenso. Inserida em uma lógica pragmática de análise, a consensualidade deve ser trabalhada no Direito Administrativo a partir do caso concreto, do problema no qual os acordos se apresentam como alternativa viável ao lado da atuação administrativa típica, considerando os efeitos esperados com a adoção da via concertada.

Outra evidência extraída do caso do CADE corresponde à capacidade de a regulamentação modelar o instrumento consensual previsto na lei formal ou mesmo em ato normativo. Pode, assim, criar incentivos à atividade consensual ou especificar os termos dos acordos administrativos – como verificado com a Resolução CADE 46/07 –, o que termina por delimitar a funcionalidade de determinado instituto consensual no âmbito do ente da Administração Pública no qual se insira. Tendo a capacidade de delinear o aperfeiçoamento da consensualidade mediante o exercício do poder normativo que detém,

o Poder Público pode configurar um instrumento consensual não necessariamente paritário como propõe a doutrina da consensualidade.

Pelo simples fato de a Administração Pública poder aplicar unilateralmente as sanções administrativas, a relação negocial estabelecida com o administrado não necessariamente é horizontalizada. No caso dos compromissos de cessação firmados pelo CADE, a superioridade do Poder Público nas negociações fica evidente diante das obrigações cominadas nos termos, que paulatinamente adquiriram cada vez mais caráter sancionatório com o reconhecimento da responsabilidade administrativa e o recolhimento de quantia pecuniária ao FDD.

Capítulo V – ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA: VETORES À ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL

5.1. Atuação administrativa consensual e prerrogativa sancionadora: os dilemas dos acordos substitutivos de sanção – **5.2.** Mecanismos concertados de atuação administrativa: um dilema à legalidade? – **5.2.1.** Autorização normativa para atuação administrativa consensual – **5.2.2.** Disciplina normativa dos acordos substitutivos de sanção – **5.3.** Negociação da prerrogativa sancionadora e celebração de acordos administrativos – **5.4.** Controle judicial dos acordos administrativos – **5.5.** Um dilema comum: a cultura repressiva no Direito Administrativo brasileiro

5.1. Atuação administrativa consensual e prerrogativa sancionatória: os dilemas dos acordos substitutivos de sanção

A particular dinâmica de atuação consensual por meio de acordos administrativos enseja diversas ordens de questionamentos teóricos. A par da natureza privada dos acordos, que faz a aproximação de máximas tradicionalmente reconhecidas como de direito privado no âmbito das pessoas de direito público, tais questionamentos devem-se fundamentalmente à abertura de um modo de satisfação das competências administrativas que não a atuação administrativa típica, efetivada pelo ato administrativo imperativo e unilateral.

O sistema jurídico administrativo recepcionado pelo Direito Administrativo brasileiro foi desenvolvido, notadamente a partir do século XIX, tendo em vista determinadas características próprias do momento liberal dos Estados europeus continentais ⁵⁵⁹ que conformaram um modelo de Administração Pública e, conseqüentemente, de atuação administrativa tomada como padrão na posteridade. Nessa medida, a leitura de institutos e procedimentos se adequava à administração por meio de atos administrativos unilateralmente declarados pelo Poder Público no exercício da prerrogativa imperativa.

⁵⁵⁹ Odete MEDAUAR, *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 60 e ss.

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

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

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

Por fim, uma nota de ordem metodológica. As considerações que se pretende destrinchar nesse derradeiro capítulo retomam o estudo teórico da consensualidade realizado no segundo capítulo deste trabalho, mas a análise empírica do plano normativo e o estudo dos compromissos de cessação do CADE são imprescindíveis para estruturá-lo. Por essa razão, serão reutilizados exemplos normativos e práticos para fundamentar as releituras propostas.

5.2. Mecanismos concertados de atuação administrativa: um dilema à legalidade?

A origem do princípio da legalidade remonta ao momento em que o Poder Público supera a condição de Poder de Polícia e passa a submeter-se às regras jurídicas editadas pelo Legislativo no bojo do Estado de Direito, em defesa das garantias dos particulares. Nesse período inaugural, a noção de legalidade correspondia à vinculação negativa à lei, segundo a qual a Administração estaria legitimada a realizar qualquer tipo de ação ressalvadas aquelas expressamente vedadas em lei formal, i.e., em lei oriunda do Parlamento⁵⁶⁰.

O avanço da escola positivista no Direito Administrativo, sob forte influência de Kelsen, determina a revisão do entendimento sobre a legalidade para situar a atuação administrativa na base da pirâmide normativa, que passou a ser interpretada como vinculação positiva à lei⁵⁶¹. Pela vinculação positiva à lei, a Administração Pública poderia fazer ou deixar de fazer apenas aquilo que lhe fosse expressamente permitido em lei formal, tornando imprescindível à atuação administrativa o respectivo fundamento legal em um cenário de valorização do papel do Legislativo. Nesse sentido, a lei, legitimada pelo critério de representatividade, vincularia incondicionalmente o Poder Público, a quem caberia tão somente aplicar o conteúdo legal para satisfazer a vontade legislativa na medida em que, segundo essa óptica, “*administrar é aplicar a lei de ofício*”⁵⁶².

A noção de legalidade como vinculação positiva à lei é certamente a mais difundida na teoria do Direito Administrativo, a partir da qual alguns dos mais caros postulados administrativistas foram extraídos. Com relação ao tema da consensualidade, importa mencionar que a legalidade como vinculação positiva à lei trouxe a diferenciação entre esferas pública e privada no tocante à autonomia da vontade: enquanto os particulares gozavam de autonomia da vontade, porquanto estão legitimados a fazer ou deixar de fazer tudo aquilo que a lei não proíba, a Administração Pública estaria adstrita aos ditames legais (vontade legal), sem gozar, portanto, de autonomia da vontade⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Gustavo BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 137-138. Segundo o autor, embasado nas considerações de Eduardo García de ENTERRÍA, a vinculação negativa à lei como expressão da legalidade decorre da tradição monárquica que conferia ao monarca significativa margem de liberdade para organizar a Administração Pública e conformar o seu funcionamento. *Idem*, p. 138.

⁵⁶¹ *Idem*, p. 139-140.

⁵⁶² Seabra FAGUNDES, **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 180.

⁵⁶³ Cf. por todos Hely Lopes MEIRELLES, **Curso de Direito Administrativo**, p. 67.

O radicalismo da vinculação positiva à lei é de longa data combatido no Direito Administrativo, seja pelo alto grau de formalismo e enrijecimento que traz às atividades administrativas, seja pela inviabilidade fática de todos os pormenores da atuação administrativa serem disciplinados pelo Parlamento⁵⁶⁴. No entanto, duas idéias centrais remanescem da legalidade como vinculação positiva, quais sejam: (i) primazia da lei na disciplina da atuação administrativa e (ii) compreensão da legalidade como vinculação positiva ao ordenamento jurídico.

De fato, a centralidade da lei formal na disciplina da atuação administrativa é evidenciada pela funcionalidade tradicionalmente atribuída aos atos normativos, correspondendo ao *“ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”*⁵⁶⁵.

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

A compreensão da legalidade como vinculação positiva, por sua vez, ainda é princípio estruturante na atual teoria do Direito Administrativo. A vinculação negativa continua sendo considerada corolário do Direito Privado em oposição ao Direito Público, esta jungida aos parâmetros da lei formal.

Esse modo de visualizar o relacionamento entre atividade administrativa e ordenamento jurídico de certa forma esteve na base do Direito Administrativo brasileiro a partir do qual foram destrinchadas demais teorias e práticas da Administração Pública, a exemplo da discricionariedade administrativa e do controle judicial dos atos

⁵⁶⁴ Nesse sentido, é interessante reproduzir o posicionamento de Marçal JUSTEN FILHO: “[a] concepção clássica das fontes normativas relacionava-se à teoria da separação de Poderes estatais. A preponderância atribuída à lei em face da sentença e do regulamento refletia a supremacia do Legislativo perante os outros Poderes. A ampliação dos encargos estatais, o desenvolvimento da proposta de Estado-Providência, a assunção de funções empresariais por parte do Estado geraram novos problemas, novas circunstâncias e produziram configuração distinta para a questão da política da partilha de Poderes ao interno da órbita estatal”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 133.

⁵⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 337. Grifos no original.

administrativos. De fato, é amplamente acatado na doutrina e mesmo na jurisprudência o entendimento de que a Administração Pública vincula-se positivamente ao ordenamento jurídico. A consensualidade no Direito Administrativo coloca em xeque a clássica teoria da legalidade exposta.

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

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

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

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

tem por finalidade promover a atuação administrativa consensual, notadamente os acordos substitutivos de sanção.

5.2.1. Autorização normativa para atuação administrativa consensual

A centralidade da lei formal para disciplinar a atuação administrativa é objeto de intenso questionamento. Argumenta-se que a lei não dá mais conta de, isoladamente, reger as atividades desempenhadas pelo Poder Público. O complexo cenário no qual a Administração Pública hoje se encontra associado à morosidade do processo legislativo impediriam que a lei formal disciplinasse todos os aspectos atinentes à ação administrativa, em todas as suas minúcias⁵⁶⁶.

Principalmente com a Reforma do Estado e a criação das Agências Reguladoras, dotadas de poder normativo, a falibilidade da lei formal passa a ser amplamente debatida. Gustavo BINENBOJM, por exemplo, apresenta como motivos do desprestígio do legislador e a crise da lei formal a inflação legislativa, a possibilidade de a lei ser fundamento para a barbárie, a crise de representatividade, a crescente criação de atos normativos hábeis a fundamentar a atuação administrativa e o poder de pauta do processo legislativo pelo Executivo⁵⁶⁷.

Procedimento normativo menos burocrático que o processo legislativo⁵⁶⁸, tecnicidade, proximidade do administrador com os problemas e os destinatários dos atos normativos são alguns dos principais fatores que determinaram a valorização do plano normativo. A atual dinâmica de regulamentação leva em conta a relevância dos atos normativos na composição do regime jurídico das atividades administrativas, de forma que as leis formais passam a ser cada vez mais standartizadas, isto é, definem as diretrizes de regulamentação. O que se evidencia na prática é a cada vez maior disciplina da atuação administrativa por meio de atos normativos.

O exemplo da regulamentação da prerrogativa sancionatória é bastante elucidativo do exposto. As leis formais tendem a estabelecer a competência sancionatória do ente administrativo, bem como definir as sanções administrativas aplicáveis no caso de

⁵⁶⁶ Felice GIUFFRÈ, *Declínio del Parlamento Legislatore e Crescita del Potere de Inchiesta*, p. 179.

⁵⁶⁷ Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 125-136.

⁵⁶⁸ Cf. Marçal JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 133.

apuração da responsabilidade administrativa⁵⁶⁹. Embora algumas leis disponham sobre infrações administrativas, via de regra incumbe ao regulamento editado por esses entes no exercício do poder normativo dispor sobre as infrações administrativas e especificar os critérios de dosimetria que a autoridade administrativa deve se pautar quando da aplicação das sanções, como se constata na maioria dos casos referentes à multa. Nessa medida, também o contrato administrativo cumpre semelhante atribuição⁵⁷⁰.

Nesse contexto de valorização da esfera infralegal, a legalidade encontra-se em um momento de revisão do significado da vinculação ao Direito. Assiste-se a uma *ampliação do objeto* ao qual a Administração Pública se vincula por força da legalidade, primeiramente defendido com o conceito de bloco de legalidade nos escritos de publicistas clássicos. Além da lei criada pelo Parlamento, o bloco de legalidade abrangeria também os princípios gerais do Direito Administrativo e os atos normativos, cujo conjunto conformaria o desempenho das competências pelo Poder Público⁵⁷¹.

A ampliação do objeto de vinculação é sedimentada no Direito Administrativo brasileiro⁵⁷². Especialmente após a edição da Constituição Federal de 1988, os princípios constitucionais são empregados na fundamentação de atos administrativos e nas decisões judiciais envolvendo questões de Direito Público. Também não há maiores resistências à autovinculação da Administração Pública no exercício de seu poder regulamentar. Inclusive, a lei federal de processo administrativo fixa expressamente o dever de atuação administrativa conforme a lei e o Direito (art. 2º, parágrafo único, inc. I)⁵⁷³.

Mais recentemente, autores partidários da filtragem constitucional do Direito Administrativo reconhecem a Constituição Federal inserida no bloco de legalidade, então designada juridicidade, que teria como um de seus princípios a legalidade. A centralidade da Constituição na juridicidade permitiria que a produção infralegal fosse diretamente

⁵⁶⁹ Carlos Ari SUNDFELD, **A Defesa nas Sanções Administrativas**, p.101.

⁵⁷⁰ Cf. Marcelo Madureira PRATES, **Sanção Administrativa Geral: anatomia e autonomia**, p. 107.

⁵⁷¹ Carlos Ari SUNDFELD sintetiza o exposto: “[a] *idéia de legalidade* foi aos poucos de encorpando, para designar o dever de a administração observar muito mais do que as meras regras legais m sentido estrito. Em uma figura marcante, passou-se a falar, então, em seu dever de obediência ‘às leis e ao Direito’. Dessa ampla categoria – o Direito – destacam-se especialmente as normas constitucionais, os regulamentos e os princípios”. **Para Entender o Direito Administrativo** (mimeo).

⁵⁷² Como exemplo do exposto, cite-se a seguinte passagem de Lúcia Valle FIGUEIREDO, que bem sintetiza a compreensão geral do objeto de vinculação no Direito Administrativo brasileiro: “[o]ra, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, *faltante*”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 42.

⁵⁷³ Art. 2º, parágrafo único. “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito;”

fundamentada no texto constitucional, consagrando atuações administrativas constitucionais, mas *contra legem*⁵⁷⁴.

Outra faceta da legalidade revisada corresponde ao *grau de vinculação à lei*, com a retomada da vinculação negativa da Administração Pública à lei em determinadas matérias. A par da vinculação positiva, é de se reconhecer também a vinculação negativa da Administração Pública em situações que não estejam matizadas pela legalidade estrita, como se verifica no Direito Tributário ou no Direito Penal⁵⁷⁵.

Segundo José Manuel Sérvulo CORREIA,

“A legalidade administrativa pode significar, em primeiro lugar, que os actos da Administração não devem contrariar as normas legais que se lhes aplicam (princípio da precedência de lei, ou da preferência de lei, ou da compatibilidade, ou, ainda, da não-contradição). Entende-se também por legalidade administrativa a exigência de que a prática de um acto pela Administração corresponde à sua previsão em lei vigente (princípio da reserva de lei ou da conformidade)”⁵⁷⁶.

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

A questão que se coloca na relação entre consensualidade e legalidade concerne à possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos administrativos sem previsão legal expressa. Ao contrário dos modelos de Direito Comparado de atuação consensual analisados, inexistente na lei federal de processo administrativo permissivo genérico para que a Administração Pública federal adote instrumentos consensuais. A figura que mais se

⁵⁷⁴ “A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, com um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação de legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição”. Gustavo BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 142.

⁵⁷⁵ “(...) parece-nos que o conteúdo mínimo da legalidade quando se trata de da atuação da Administração é variável. Ora basta uma relação de compatibilidade com o ordenamento, ora ele próprio exige uma relação de conformidade, seja em relação à forma, seja em relação ao conteúdo preestabelecido pela norma. E a opção por um sentido ou outro está totalmente relacionada ao setor do Direito Público a que se esteja referindo”. Vera Cristina Caspari MONTEIRO, **Princípio da legalidade e os poderes normativos e regulamentar da Administração Pública**, p. 214.

⁵⁷⁶ **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**, p. 18.

aproxima de um permissivo genérico corresponde, porém, ao termo de ajustamento de conduta (TAC) previsto na lei da ação civil pública (Lei 7.347/85).

A lei da ação civil pública rege as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente; ao consumidor; aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à ordem econômica e à economia popular; à ordem urbanística; e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º). Dentre os legitimados para propor ação civil pública estão a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como os entes da Administração Indireta – autarquias, fundações e empresas estatais – (art. 5º), de forma que Administração Pública Direta e Indireta está autorizada a celebrar TAC, nos termos do art. 5º, §6º, desde que a sua atuação se guarde pertinência temática com o rol de objetos tutelados:

Lei 7.347/85. 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.

Embora não possa ser considerado um permissivo genérico nos moldes das leis de processo administrativo italiana, espanhola ou alemã, que conferem amplíssima legitimação para as correspondentes Administrações Públicas atuarem de forma concertada, qualquer que seja o escopo funcional, a lei de ação civil pública traz o interessante efeito de legitimar o Poder Público a utilizar instrumento TAC em seus processos administrativos. Em outros termos, independentemente da existência de lei ou norma específica, a parcela da Administração Pública que lide com os temas indicados na Lei 7.347/85 está autorizada a celebrar TAC. Exemplo de aplicação do TAC previsto na lei da ação civil pública na Administração Pública é verificado no CADE⁵⁷⁷.

No entanto, o fato é que a Administração Pública federal não dispõe de permissivo genérico para a atuação consensual, como se verifica na esfera paulista⁵⁷⁸, o que força outra ordem de trabalho interpretativo.

⁵⁷⁷ Houve intenso debate sobre a utilização de TAC nas hipóteses de cartel com a edição da Lei 10.149/2000. Nessa oportunidade, a Procuradoria do CADE sustentou a tese de celebração do TAC em detrimento do TCC no caso que ficou conhecido como “*cartel da laranja*”, tendo em vista a Lei 7.347/85 indicar a infração contra a ordem econômica como um dos temas passíveis ação civil pública e, portanto, legitimador da celebração do ajustamento de conduta. Parecer da Pro-CADE no processo administrativo 08012.008372/99-14.

⁵⁷⁸ O Decreto 52.201/07 do Estado de São Paulo consiste em efetivo permissivo genérico para a Administração Pública paulista celebrar termos de ajustamento de conduta (TAC). Segundo o art. 2º, o TAC pode ser celebrado pelas Secretarias de Estado, pelas autarquias, fundações e empresas estatais, ressalvadas

O dever de a Administração Pública atuar conforme a lei e o Direito determinada não art. 2º Lei 9.784/99 não significa que a Administração Pública deva necessariamente dispor de autorização expressa em texto legal para celebrar acordos administrativos. Sendo prevista a atuação consensual em norma, a Administração Pública encontra-se legitimada a atuar de forma concertada ainda que o acordo administrativo não esteja previsto em lei formal, ressalvados nos casos de expressa proibição legal, como se verifica com a lei de improbidade administrativa⁵⁷⁹:

Lei 8.429/92. Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar.

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

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

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

Assim, a atuação administrativa consensual é possível quando houver expressa autorização legal, mesmo que o ente administrativo não disponha de regulamento para versar sobre a dinâmica do instrumento concertado. Também é possível se norma editada pelo Poder Público no exercício de seu poder regulamentar estabeleça a competência para negociar as prerrogativas públicas. Ocorre que a leitura da legalidade adequada à

as Universidades Públicas Estaduais. Trata-se, assim, de ampla autorização legislativa para que a Administração Direta e Indireta para terminação consensuais dos processos administrativos, qualquer que seja a sua natureza, pois o Decreto não especificou a materialidade desses acordos administrativos.

⁵⁷⁹ O exemplo recolhido corresponde à transação judicial envolvendo a Administração Pública. Embora seja esclarecedor da dinâmica regulamentar da consensualidade, é necessário asseverar a discussão em torno do cabimento de acordo administrativo para terminação consensual do inquérito administrativo que precede a ação de improbidade administrativa. Cf. Rita TOURINHO, **O Ato de Improbidade Administrativa de Pequeno Potencial Ofensivo e o Compromisso de Ajustamento**.

consensualidade considera a lei e o Direito, razão pela qual o fundamento legal da atuação consensual não se resume à lei formal, mas abrange também princípios e atos normativos.

Uma ressalva final acerca da necessidade de previsão normativa da atuação consensual se faz necessária. É comum, especialmente no campo do Direito Urbanístico, acordos integrativos de autorização por meio dos quais a Administração autoriza a realização de empreendimento mediante a realização de determinadas atividades previamente ao início da atividade a ser autorizada ou condiciona a autorização a obrigações de não fazer no curso da atividade. Muitas vezes, tais acordos integrativos são celebrados sem haver norma jurídica correspondente. No caso dos acordos integrativos de autorização, o condicionamento do ato de autorização integra a competência do poder de polícia⁵⁸⁰, razão pela qual não há necessidade de previsão normativa expressa para a celebração de acordos dessa natureza⁵⁸¹.

5.2.2. Disciplina normativa dos acordos substitutivos de sanção

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

No estudo do plano normativo, constatou-se a forte regulamentação dos acordos administrativos, especialmente no âmbito das Agências Reguladoras, que dispunham sobre a competência de transacionar e delimitavam os principais elementos da atuação consensual. Nessa medida, a Resolução 46/07 do CADE foi fundamental para traçar os novos contornos desta figura e conferir, acertadamente ou não, uma dinâmica própria dos compromissos de cessação.

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

⁵⁸⁰ “O poder de polícia também compreende a competência para impor aos sujeitos o dever de promover condutas ativas que satisfaçam, de modo mais adequado, os direitos fundamentais alheios e os interesses coletivos. Sob esse prisma, o poder de polícia se torna um instrumento de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deixando de ser um simples instrumento de defesa da liberdade e da propriedade”. Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, *Transações Administrativas*, p. 493.

⁵⁸¹ *Idem*, p.494.

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

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

A disciplina normativa da consensualidade não se limita apenas à nota da legitimidade do Poder Público para dispor sobre a concertação administrativa, mas também de assegurar ao administrado conhecimento do instrumento consensual adotado pelo órgão ou ente administrativo, assim como da dinâmica de atuação administrativa consensual, para que tenha maior margem de negociação. As normas que disciplinam a atuação administrativa consensual também cumprem o exposto papel de conferir o desenho mínimo para que o administrado estabeleça sua estratégia negocial e consiga obter, assim, melhores resultados na pactuação dos termos dos acordos substitutivos.

A forma de regulamentação dos acordos administrativos não é uniforme no Direito Administrativo brasileiro⁵⁸², variando significativamente de previsão da competência para transacionar nos regimentos internos até normas específicas para dispor minuciosamente sobre a dinâmica consensual⁵⁸³. Respeitadas as limitações legais, quando presentes, o Poder Público é competente para definir o melhor modelo de acordo administrativo

⁵⁸² Cf. Capítulo III.

⁵⁸³ Cf. Resolução ANEEL 333/08 e Deliberação CVM 390/01.

conforme as características setoriais e as finalidades específicas do setor no qual o ato consensual será aplicado.

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

Os dados reforçam o cenário de fragmentação de regimes aplicáveis à consensualidade constatada no Capítulo III desta dissertação e evidenciam a *atipicidade dos acordos administrativos*. Em grande medida, a atipicidade da atuação administrativa consensual resulta da ausência de um modelo geral vinculante a toda a Administração Pública, o que não é necessariamente ruim, pois permite a criação de modelos consensuais mais aderentes à realidade prática de cada ente administrativo. A conformação da Administração Pública cada vez menos piramidal para dar lugar a uma estrutura pluricêntrica⁵⁸⁴ corrobora o entendimento de que a atipicidade dos acordos administrativos se apresenta como importante mecanismo para garantir a eficácia da atuação consensual.

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

⁵⁸⁴ Cf. Alexandre Santos de ARAGÃO, *A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade*, p. 9 e ss.

5.3. Negociação da prerrogativa sancionadora e celebração de acordos administrativos

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

No curso do processo sancionador, no qual será celebrado o acordo administrativo, verifica-se a negociação da prerrogativa sancionatória entre Administração Pública e administrado quanto (i) ao exercício do poder sancionador ou (ii) à medida do exercício deste poder, que no exemplo da multa, principal sanção regulatória, pode ser compreendida como arbitramento do valor cominado. Necessário ressaltar que este último caso corresponde a um acordo integrativo, pois a sanção administrativa, ainda que menos incisiva, será o provimento administrativo final. Todavia, em ambas as hipóteses está-se diante da negociação da prerrogativa sancionadora, na qualidade de prerrogativa pública.

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

O princípio da supremacia do interesse público, tradicionalmente construído com a finalidade de legitimar os poderes estatais, não traz um valor metodológico em si que determine a identificação do interesse público na aplicação de sanção administrativa. Em outros termos, a cominação de multa ou o ato de advertir o administrado pela prática de determinada infração não significa necessariamente satisfazer o interesse público, assim

como celebrar acordo substitutivo de sanção corresponda à supremacia do interesse privado⁵⁸⁵. Diante de um cenário de fragmentação dos interesses e de implosão entre esferas pública e privada, é necessário verificar a fundamentação da escolha negociada de celebrar o acordo administrativo quanto às finalidades de interesse público que a Administração Pública deve imediatamente atender⁵⁸⁶. Nessa medida, a indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à celebração de acordos substitutivos de sanção porque também este princípio corresponde a uma construção teórica sem adequada metodologia de aplicação⁵⁸⁷.

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

Uma questão própria do Direito Administrativo Sancionador que se apresenta na disposição da prerrogativa sancionatória consiste na obrigatoriedade de o Poder Público sancionar infração apurada em processo administrativo próprio⁵⁸⁸.

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

⁵⁸⁵ Cf. item 2.4.2.1.

⁵⁸⁶ David L. SHAPIRO aponta como uma das peculiaridades do processo administrativo a flexibilidade para adoção dos métodos para formulação de políticas regulatórias, o que, todavia, gera ônus ao Poder Público de fundamentar a escolha de um mecanismo em detrimento de outro. **The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy**, p. 921.

⁵⁸⁷ Cf. item 2.4.2.2.

⁵⁸⁸ Identificando os elementos poder e dever na potestade sancionatória, Heraldo Garcia VITTA assim dispõe: “(...) podemos concluir ser obrigatória a imposição de penalidade administrativa. Se o sujeito infringir o mandamento normativo, o funcionário público encarregado de apurar a infração terá o dever de iniciar o procedimento administrativo; e, uma vez provada a conduta ilícita, deverá impor-lhe a penalidade”. **A Sanção no Direito Administrativo**, p. 65. Este autor excepciona do dever de aplicação de sanção as infrações compreendidas no princípio da bagatela. Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, “(...) uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato”. **Curso de Direito Administrativo**, p. 850.

década de 1990, o Direito Administrativo Sancionador brasileiro conhecia apenas as respostas binárias sancionar – não sancionar.

Importa verificar se o modelo de acordo substitutivo conformado pelas normas admite a substituição da sanção pelo ato consensual. O compromisso de ajuste de conduta previsto na Resolução 48/03 da ANS, por exemplo, impede a celebração de acordo substitutivo ao final do processo sancionador. Em casos dessa natureza, em que a etapa do processo administrativo na qual será celebrado o acordo encontra-se definida no texto normativo, não será possível substituir a sanção cominada por um mecanismo consensual. Também não será possível celebrar acordos substitutivos quando houver no texto normativo expressa proibição à consensualidade, como se verifica no art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Todavia, a Administração Pública estará legitimada a negociar o exercício de suas prerrogativas públicas ao final do processo administrativo sancionador, para substituição do ato sancionatório, quando a norma não especificar o tempo da transação ou for omissa, o que se verifica nos casos de permissivos genéricos. Toma-se como exemplo a Resolução 333/08 da ANEEL, que dispõe sobre o termo de compromisso de ajuste de conduta e autoriza a celebração do instrumento consensual da seguinte forma em seu art. 1º: *“a ANEEL poderá, alternativamente à imposição de penalidade, firmar Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta – TAC com as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica, com vistas a adequar a conduta desses agentes às disposições legais, regulamentares ou contratuais”*.

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

Ocorre que a prerrogativa sancionadora enquadra-se no panorama geral das prerrogativas públicas, sendo, portanto, exorbitante e instrumental. Na qualidade de mecanismo instrumental ao alcance dos fins de ordem pública estabelecidos nas leis quadros ou mesmo no regramento infralegal, a prerrogativa sancionadora pode deixar de

ser exercida pelo Poder Público no caso concreto para alcance desses mesmos fins por outro modo de ação, como a atuação administrativa concertada. Dentro da margem de discricionariedade, a Administração Pública está adstrita ao denominado “*vínculo de fim*” e deve satisfazer as finalidades públicas por mecanismos os mais variados, gozando de relativa liberdade de escolha nos limites fornecidos pelo regime jurídico que disciplina a situação em concreto.

Para os acordos substitutivos de sanção administrativa, é especialmente cara a análise dos efeitos esperados pela ação administrativa para que a Administração Pública delibere pela consensualidade ou pela imperatividade⁵⁸⁹. Tomando a sanção administrativa e o acordo substitutivo como verdadeiros mecanismos de atuação administrativa, é possível extrair os principais efeitos que cada um apresenta para serem considerados na deliberação do Poder Público sobre o meio de preenchimento do “*vínculo em branco*” entre atuação e finalidade⁵⁹⁰.

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

Repressão do infrator⁵⁹¹ e recomposição da legalidade são os efeitos mais lembrados pela doutrina administrativa ao trabalhar a aplicação de sanções administrativas pelo Poder Público.

O principal efeito da sanção administrativa apontado consiste no efeito simbólico à sociedade. Pela apuração da infração em processo sancionador e repressão do infrator, a sanção administrativa seria exemplar aos demais administrados que conformariam seu comportamento às normas transgredidas para que não seja também sancionado como no

⁵⁸⁹ “A discricionariedade de decisão e a discricionariedade de escolha formam, em conjunto, aquilo que habitualmente se designa na doutrina germânica por **discricionariedade dos efeitos jurídicos** (*Rechtsfolgeermessen*). Quer ao órgão apenas caiba ponderar sobre se há-de ou não adoptar uma conduta que a lei permite mas não impõe, quer lhe cumpra escolher entre vários resultados positivos que a lei indica em alternativa, quer haja de completar o tipo aberto desenhado na norma de competência pondo termo à indeterminação parcial dos efeitos, põe-se ainda a questão de perceber um pouco mais de perto em que consiste a tarefa levada a cabo para melhor dominar a natureza da autonomia exercida”. José Manuel Sérvulo CORREIA, *ob. cit.*, p. 479. (grifei).

⁵⁹⁰ Maria João ESTORNINHO, **A Fuga para o Direito Privado**, p. 204.

⁵⁹¹ Sobre a consideração da sanção administrativa como consequência negativa imposta ao infrator, Rafael Munhoz de MELLO assim dispõe: “[c]omo sanção jurídica que é, a sanção administrativa consiste numa consequência negativa imposta ao infrator de um dever jurídico. A Administração Pública, no exercício de sua competência sancionadora, aplica uma medida de carácter aflictivo ao infrator, punindo-o pela prática do ilícito administrativo. Daí se falar em medida aflictiva: pune-se o infrator, impondo-lhe um mal, uma situação desfavorável”. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**, p. 72.

precedente⁵⁹². Trata-se da prevenção de infrações administrativas pela constituição de incentivos negativos à tomada de decisão contrária ao ordenamento jurídico por meio da cominação de multas, advertências e demais sanções administrativas.

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

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

“o exercício da função punitiva possui grande importância. Isso não só por constituir a punição um requisito de eficácia da atividade reguladora, mas também porque é primacialmente pelo poder de sanção que o órgão regulador se afirma frente aos atores privados regulados (concessionários, permissionários, autorizatários etc.) e perante os administrados (consumidores). Sem a ameaça potencial de sanção, resta fragilizada a autoridade regulatória. Sem perceber a capacidade coercitiva do regulador, sente-se o administrado desamparado”⁵⁹³.

Por fim, um recente efeito da sanção administrativa percebido por Fábio Medina OSÓRIO se coaduna com a ascensão da atuação administrativa consensual por meio da recepção de instrumentos consensuais no plano normativo do Direito Administrativo, qual seja, a persuasão na negociação prévia à celebração de acordos administrativos⁵⁹⁴. A ameaça da imposição de sanção pela Administração Pública consiste em relevante elemento de barganha para celebração de acordos mais favoráveis às exigências públicas. Sendo uma “*arma exorbitante*”, na medida em que a prerrogativa sancionadora é por natureza exorbitante, as negociações dos acordos substitutivos não são paritárias como

⁵⁹² Sobre o efeito preventivo da sanção administrativa, Manuel Rebollo PUIG expõe: “*claro que castigar sí tiene una finalidad. Las sanciones administrativas tienen una finalidad, como la tienen las penas. Aquí también se puede decir que las sanciones administrativas son útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento pues sirven para prevenir infracciones futuras y así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración*”. **El Derecho Administrativo Sancionador**, p. 268.

⁵⁹³ **Aspectos Jurídicos do Exercício do Poder de Sanção por Órgão Regulador do Setor de Energia Elétrica**, p. 354.

⁵⁹⁴ **O Conceito de Sanção Administrativa no Direito Brasileiro**, p. 319.

tende a defender parcela da doutrina ao afirmar as relações horizontalizadas na consensualidade.

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

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

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

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

Nessa medida, os acordos substitutivos se afirmam no Direito Administrativo brasileiro, e isso fica claro com o estudo da consensualidade no Direito Antitruste, para contornar problemas institucionais relacionados ao *enforcement* da decisão sancionatória. Tendo em vista que a multa consiste na principal sanção administrativa, seu baixo recolhimento e alta judicialização, seja em razão do recurso do sancionado ao Judiciário,

seja mediante ação de execução fiscal para recebimento do crédito pelo Poder Público, estimulam-no a adotar mecanismos concertados.

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

Não necessariamente os acordos substitutivos serão mais eficientes que o prosseguimento de processo sancionador para apuração de responsabilidade administrativa ou que a aplicação de sanção. A determinação da eficiência da decisão depende do desenho do acordo substitutivo definido pelas normas que o disciplinam, da capacidade institucional do ente administrativo que maneje a prerrogativa imperativa e das peculiaridades do caso concreto. O mais relevante é que a opção pela atuação administrativa consensual seja motivada no âmbito do processo administrativo.

Poder Público ou particular podem, indistintamente, apresentar propostas de acordos substitutivos conforme a formalização exigida em norma. A celebração do acordo substitutivo depende do consentimento de ambas as partes, pública e privada, imprescindível para marcar a bilateralidade que caracteriza o ato consensual⁵⁹⁵. Não há que se afirmar, portanto, em um direito à celebração de acordo administrativo ao particular com a apresentação de proposta pela Administração Pública ou pelo próprio particular. O mesmo direito à atuação administrativa consensual também não pode ser pleiteado pelo particular invocando precedente de mesma natureza em que tenha sido firmado o pacto ou comportamento consolidado.

A celebração de acordo substitutivo encontra-se envolto na discricionariedade administrativa, o que implica afirmar que a atuação imperativa ou consensual são opções colocadas à disposição da Administração Pública para escolha dentro da margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico. Desde que procedimental e devidamente fundamentada, a Administração pode prosseguir o processo sancionador e, comprovada a responsabilidade administrativa, aplicar a sanção ou celebrar acordo substitutivo mediante

⁵⁹⁵ O consentimento para celebração de acordo substitutivo remete à questão da autonomia da vontade no Direito Administrativo. Maria João ESTORNINHO indica que não se trata propriamente de reconhecer a autonomia da vontade na Administração Pública, mas antes da competência para transacionar. **A Fuga para o Direito Privado**, p. 199.

consentimento do administrado após etapa de negociação da prerrogativa sancionatória. Ademais, a celebração de acordo substitutivo também não pode ser considerada um direito oponível pelo particular com fulcro no princípio da igualdade pelo fato de cada caso ser notadamente particular em relação ao outro.

5.4. Controle judicial dos acordos substitutivos

A questão do controle dos atos administrativos consiste em um dos principais temas do Direito Administrativo. Se originalmente o controle das decisões tomadas pela Administração Pública era embasada a partir do princípio da separação de Poderes, atualmente a supervisão dos atos encontra-se em um contexto mais complexo, que envolve temas como capacidade institucional, eficiência da organização administrativa, qualidade técnica dos provimentos e mesmo a usurpação de competência administrativa.

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

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

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

Contudo, não se nega o controle da atuação administrativa consensual. Seja por força do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, seja pela própria organização administrativa, é inafastável o controle dos atos consensuais. Além da obrigatoriedade constitucional e legal, o controle da consensualidade também se mostra relevante para a

garantia da regularidade deste modo de ação administrativa, bem como da credibilidade dos acordos substitutivos na medida em que se diminuem os riscos de captura.

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

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

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

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

No plano do Direito Administrativo brasileiro, o que se tem percebido nos últimos anos é uma tendência de ampliação do controle verificada pelo aumento das teorias de controle dos atos administrativos como resposta ao aumento da discricionariedade da Administração Pública propiciada pelo aumento do número de normas de textura aberta para viabilizar a execução das diversas competências assumidas pelo Estado Social de Direito. Na prática do controle da atuação administrativa pelo Judiciário, constata-se o aumento da legalidade e a correspondente redução do mérito administrativo, tanto que se mostra difícil traçar os limites entre legalidade e mérito⁵⁹⁶.

Dessa forma, diversas teorias foram construídas com o propósito de fortificar o controle judicial dos atos administrativos⁵⁹⁷, como a *teoria dos elementos dos atos administrativos*, que considera como vinculados os elementos competência, forma e finalidade do ato administrativo, ainda que o ato seja discricionário, permitindo, assim, o controle judicial destes elementos⁵⁹⁸. Nessa linha, também figuram a *teoria do desvio de poder*⁵⁹⁹ e a *teoria dos motivos determinantes*⁶⁰⁰ que permitem, respectivamente, a apreciação jurisdicional da finalidade e das causas que ensejaram a produção do ato administrativo.

Atualmente evidencia-se a tendência de controle judicial dos atos administrativos com base em *princípios*, em especial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁶⁰¹. É recente tradição do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, decidir questões de direito público a partir da aplicação de determinados princípios com

⁵⁹⁶ Cf. Marcos Paulo VERISSIMO, **Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**, p. 408.

⁵⁹⁷ O comportamento de controle mais incisivo dos atos administrativos pelo Judiciário é identificado como *ativismo judicial* ao contrário da *deferência judicial* aos atos do Poder Público, pelo qual o Judiciário deixa de proceder à revisão dos provimentos administrativos. Cf. Daniel WANG, Juliana PALMA, Daniel COLOMBO. **Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira** (mimeo).

⁵⁹⁸
⁵⁹⁹ “(...) entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição. (...) Tratando-se, como se trata, de um comportamento que desgarra do fim legal, é, em suma, uma transgressão da lei. Por isso o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de legalidade estrita”. Celso Antônio Bandeira de MELLO, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, p. 56-57.

⁶⁰⁰ “Segundo essa teoria [teoria dos motivos determinantes], os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a existência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar”. Odete MEDAUAR, **Direito Administrativo Moderno**, 137.

⁶⁰¹ Em pesquisa realizada por Daniel WANG, Juliana PALMA & Daniel COLOMBO, constatou-se que 48,77% dos atos das Agências Reguladoras estudadas foram mantidos com fundamento em princípios ao passo que em 42,62% dos casos de revisão dos atos regulatórios a fundamentação se embasou em princípios. **Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira** (mimeo).

formulação de metodologia para lidar com o uso dos mesmos, como se verifica com a proporcionalidade e a igualdade. A revisão dos atos administrativos com base em princípios consiste em mecanismo mais incisivo de controle judicial da Administração Pública, alinhando-se à tendência de ampliação da incidência do Judiciário sobre as decisões administrativas⁶⁰².

Todas as expostas teorias corroboram para a ampliação do conceito de legalidade e, conseqüentemente, ao fortalecimento do controle judicial dos atos administrativos que passa a abranger o que era originalmente entendido como mérito administrativo. A premissa de diferenciar análise de mérito e de legalidade se mostra, portanto, pouco útil para lidar com o atual modelo de atuação administrativa, especialmente quando levado ao campo da regulação ou mesmo da consensualidade. Dessa forma, a dificuldade em traçar fronteiras precisas entre vinculação e discricionariedade enseja a adoção de graus de controle judicial da Administração Pública⁶⁰³, por meio do qual determinados tipos de atos demandariam um controle mais detido do Judiciário ao passo que outros determinariam uma postura de deferência do juiz em relação à decisão administrativa.

A incipiente doutrina de deferência judicial no Brasil recebeu forte influência do Direito norte-americano cuja lei de processo administrativo (*APA – Administrative Procedure Act*) possui norma própria para restringir a análise do Judiciário sobre decisões razoáveis e técnicas tomadas pelas Agências Reguladoras⁶⁰⁴. Nessa medida, a *self-restraint doctrine* já possui bases sólidas neste sistema administrativo, contanto com variados casos judiciais de deferência a partir do *leading case Chevron*.

Natural, portanto, que a questão da deferência judicial começasse a ganhar projeção com a introdução do modelo de Agências Reguladoras no cenário institucional brasileiro. No âmbito da regulação, o controle judicial das decisões regulatórias pode colocar em questionamento a capacidade institucional da Agência em executar suas competências, bem como a autoridade necessária para se afirmar perante os regulados e, assim, proceder à regulação. Em outros termos, a substituição da decisão regulatória pela decisão judicial gera certa ordem de efeitos que minaria a função de disciplina setorial das Agências

⁶⁰² Diante do cenário de julgamento dos atos administrativos com uso cada vez maior de princípios, Carlos Ari SUNDFELD determina ser ônus do juiz uma fundamentação mais robusta nos casos que envolvam aplicação de princípios pelo julgador. Cf. **Princípio é Preguiça?** (*mimeo*).

⁶⁰³ Cf. Gustavo BINENBOJM, **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 274.

⁶⁰⁴ APA, §701. “*This chapter [revisão judicial] applies, according to the provisions thereof, except to the extent that: (1) statutes preclude judicial review; or (2) agency action is committed to agency discretion by law*”.

Reguladoras. No Capítulo anterior foi possível verificar a preocupação com a revisão judicial dos atos praticados pelo CADE, apesar do crescente cotejo das teses formuladas pela autoridade antitruste.

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

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

Para Gustavo BINENBOJM, haveria de se reconhecer como *standards* ao controle judicial da Administração Pública a restrição aos direitos fundamentais determinada pela decisão administrativa, a objetividade do comando legal – hipóteses estas que predicam um controle judicial mais incisivo –, a tecnicidade da matéria *sub judice*, a política envolvida na deliberação administrativa e o grau participação administrativa. Nestes últimos casos, o grau de controle judicial haveria de ser mais tênue⁶⁰⁵.

Também é interessante apresentar os fatores considerados por Marcos Paulo VERISSIMO para legitimar uma postura de deferência pelo Judiciário na análise de atos administrativos: seriedade, imparcialidade e comprometimento do ente que proferiu a decisão administrativa, grau de abertura à participação administrativa dado pela autoridade anteriormente à tomada de decisão, transparência do processo administrativo no qual esta tenha sido formulada e compatibilidade do ato praticado com orientação consolidada no ente ou órgão administrativo⁶⁰⁶.

Alexandre Santos de ARAGÃO sustenta que nos casos de dúvida quanto ao ato praticado, e sendo a decisão administrativa razoável, o Judiciário não estaria autorizado a rever os atos das Agências Reguladoras⁶⁰⁷. Isso se deve fundamentalmente à expressiva

⁶⁰⁵ Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 235-236.

⁶⁰⁶ Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras, p. 413.

⁶⁰⁷ Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico, p. 350-351.

margem de liberdade conferida pela lei ao regulador, que detém caráter técnico-especializado.

Reconhecendo um cenário de aumento do controle da Administração Pública pelo Judiciário nos casos de discricionariedade administrativa, Floriano de Azevedo MARQUES NETO propõe que esta análise judicial recaia sobre a motivação da decisão tomada pelo Poder Público⁶⁰⁸. Nessa linha de análise, Paulo Todescan Lessa MATTOS limita o papel do juiz controlador a apreciar a adequação da motivação dos efeitos esperados pela medida administrativa atos aos efeitos efetivamente gerados⁶⁰⁹ (algo próximo da avaliação de impacto regulatório).

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

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

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

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

⁶⁰⁸ **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração Pública**, p. 471.

⁶⁰⁹ **Autonomia Decisória, Discricionariedade Administrativa e Legitimidade da Função Reguladora do Estado no Debate Jurídico Brasileiro**, p. 194.

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

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

Importante ressaltar que os expostos efeitos decorrem do reiterado comportamento de revisão judicial dos acordos substitutivos, que implica em substituição do ato consensual pela decisão do Judiciário. Não se questiona a análise judicial dos acordos negociados e celebrados pela Administração Pública, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal⁶¹⁰. O juiz tem legitimidade para apreciar os acordos substitutivos firmados pelo órgão ou ente administrativo autorizado, todavia, o exercício dessa competência assume certos contornos para evitar o aperfeiçoamento dos efeitos acima descritos.

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

⁶¹⁰ *In verbis*: “Art. 5º, inc. XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

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

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

Pela consideração da consensualidade como *standard*, tem-se que os acordos celebrados pela Administração Pública com o administrado após etapa de negociação não podem ser substituídos por outra decisão que o juiz reputar como a mais adequada ao caso concreto. A preferência do acordo substitutivo à decisão judicial decorre da valorização da negociação do exercício das prerrogativas públicas no processo administrativo e, nessa medida, do próprio instrumento acordo administrativo na satisfação das finalidades públicas pela via concertada.

Dessa forma, o papel do juiz na atuação administrativa consensual não está propriamente em analisar a resposta estatal mais eficiente ao caso concreto e, assim, escolher entre atuação imperativa por meio de aplicação de sanção e atuação consensual. Trata-se de uma competência detida pelas autoridades administrativas cujo regime jurídico recepciona instrumentos consensuais. Quando da análise dos acordos celebrados pela Administração Pública, o juiz deve assumir uma postura de deferência à decisão administrativa sem se imiscuir do dever de controle nos termos do referido art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

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

O juiz deve assegurar o *devido processo legal* na celebração dos acordos administrativos, de forma que sejam observados todos os ritos processuais e demais

exigências normativas à atuação administrativa consensual. Na atuação consensual, o Judiciário cumpre o relevante papel de impedir a captura da Administração Pública a partir do controle do processo administrativo sancionador no qual será celebrado o acordo substitutivo. Cabe ao Judiciário assegurar uma *negociação* efetivamente *processual*, que seja desenvolvida no âmbito do processo administrativo. Pode, para tanto, exigir a publicação das atas de negociação entre Poder Público e particular, ainda que *ex post*, o que não necessariamente implica em transcrição das tratativas que poderia minar a estratégia negocial da Administração tanto no presente processo sancionador quanto nos casos futuros.

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

Assim, o juiz deve verificar a *licitude das cláusulas* estabelecidas nos termos. As obrigações pactuadas precisam estar amparadas no conceito de legalidade, o que não necessariamente implica em previsão expressa nas normas que compõem o regime jurídico do acordo substitutivo. Foi visto no item 5.2. deste Capítulo que a legalidade na seara da consensualidade é interpretada em sua acepção negativa, conferindo margens à atipicidade para melhor conformação do mecanismos consensual. Tal compreensão da legalidade exige que o juiz examine a juridicidade dos termos pactuados para verificar se o conteúdo é contrário ao ordenamento em lei, isto é, se as obrigações pactuadas são defesas em norma por constituir qualquer espécie de ilícito.

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

5.5. Um dilema comum: a cultura repressiva no Direito Administrativo brasileiro

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

A primeira vista, a necessidade de conferir novas interpretações a noções teóricas sedimentadas poderia restringir a adoção de acordos administrativos, notadamente os acordos substitutivos de sanção, pelo Poder Público para satisfazer as finalidades públicas. No entanto, deve-se ter em conta que a consensualidade certamente não é o único motivador da revisão das teorias do Direito Administrativo. Na verdade, a consensualidade se encontra em um panorama maior de conjuntura, que envolve, dentre outros elementos, parcerias público-privadas, participação administrativa, regulação, governança pública e eficiência e implosão da dicotomia público-privado⁶¹¹. Nessa medida, é o atual panorama que a contemporânea Administração Pública se encontra que enseja a revisitação das bases do Direito Administrativo.

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

A cultura repressiva evidenciada no Poder Público deve-se basicamente a quatro fatores: (i) legado histórico da Administração Pública como centro exercício da autoridade

⁶¹¹ Sobre as transformações do Direito Administrativo, cf. Sabino CASSESE, **As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI**, p. 13-23.

estatal; (ii) compreensão da prerrogativa sancionadora como dever-poder; (iii) valorização dos efeitos da sanção administrativa; e (iv) demanda repressiva, tanto por parte da própria Administração Pública quanto pelo órgãos de controle.

A primeira base de sustentação da cultura repressiva corresponde ao *legado histórico* da Administração Pública como centro de exercício da autoridade estatal, notadamente efetivada por meio de restrições a direitos e liberdades dos particulares com fundamento no poder de polícia⁶¹². Para investigar esse fator, faz-se necessário remontar à origem do Direito Administrativo.

Nos moldes como é hoje concebida, a Administração Pública nasce de um aparato arbitrário, delineado pelo Estado de Polícia. Na clássica teoria do Direito Administrativo, estruturada na visão europeia continental do século XIX sobre o Antigo Regime, o Poder Público correspondia à figura do monarca soberano, cuja vontade era o fundamento único da ordenação da sociedade com a qual estabelecida relacionamento absolutista⁶¹³. A produção legislativa não era vinculante ao soberano e os particulares eram, então, compreendidos como súditos do poder de autoridade externalizado pelo monarca⁶¹⁴.

A contemporânea Administração Pública surge como um aparato burocrático domesticado, reformado e submetido à ordem jurídica⁶¹⁵. Supera, portanto, a condição de arbitrariedade de suas ações, mas perpetua privilégios próprios do Estado de Polícia para o exercício da função coercitiva sob a batuta do Direito Administrativo⁶¹⁶. Se, por um lado, o Direito Administrativo recepciona certos aspectos do Estado de Polícia em um viés

⁶¹² “Na visão clássica, o instrumento jurídico mais utilizado era a norma jurídica, interpretada como padrão de conduta de observância obrigatória sob coerção estatal. Segundo essa concepção, as normas têm de ser dotadas de sanção, consistente numa consequência de cunho negativo respaldada pelo poder estatal. A ausência de sanção configura um defeito normativo. Essa proposta se relaciona com uma concepção de intervenção estatal predominantemente autoritativa. Sob esse prisma, o Estado impõe e exige comportamentos, os quais devem ser satisfeitos pelos particulares, sob pena de sofrerem punições derivadas do exercício dos poderes de império público”. Marçal JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 569.

⁶¹³ Cf. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 1.

⁶¹⁴ *Idem*, *ibidem*.

⁶¹⁵ Odete MEDAUAR indica o debate suscitado em torno do papel do nascimento do Direito Administrativo, se de ruptura com o modelo do Antigo Regime ou de continuidade dos institutos e normas formulados sob a égide do Estado Absolutista. Posicionando-se no debate, a autora sustenta que “[m]elhor se configura orientação que leva em conta os dois aspectos, sem extremos, para vincular o direito administrativo à Revolução Francesa em termos de princípios, não em virtude da origem de um tipo de organização; e para levar em conta noções e mesmo práticas do Antigo Regime acolhidas em parte pelo direito em formação, embora em outro contexto sociopolítico”. **O Direito Administrativo em Evolução**, p. 21.

⁶¹⁶ “Desta forma, do Estado absoluto para o Estado liberal ‘a ruptura não é total: por baixo dos princípios ideológicos e estruturais definidores do Estado constitucional existem linhas de continuidade, através das quais são vertidos e conseguem sobreviver conteúdos do Antigo Regime’”. Vasco Manuel da SILVA, **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**, p. 39.

marcadamente autoritário⁶¹⁷, por outro surge com a missão histórica de defender os direitos e garantias individuais frente à Administração Pública⁶¹⁸.

Por esta atribuição do Direito Administrativo, reconhece-se o legado histórico da Administração Pública em exercer com pungência o poder de autoridade estatal, aplicar sanções e impor medidas de polícia, pois corresponde a uma estrutura de poder centralizado. Nas palavras de Floriano de Azevedo MARQUES NETO,

“[o] fato é que toda a formulação teórica do Direito Administrativo (quer nos seus primórdios do Estado de Polícia, quer ao longo de sua evolução, quer, ainda, posteriormente, no período assim chamado de Estado de Direito) é erguida em torno e com vistas ao tratamento das relações que envolvem a autoridade pública. (...) Inarredável, portanto, desde esta concepção [supremacia do interesse público], que subjaz ao Direito Administrativo um forte viés autoritário (sem dar ao termo, aqui, concepção pejorativa ou tampouco valorativa), traduzindo na dependência ontológica de um Estado unificado, centralizado e detentor de um poder de tal forma consolidado e prevalecente que se faz necessário um conjunto de regras para limitá-lo⁶¹⁹”.

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

A imposição de *medidas aflitivas* àquele que incorreu em infração administrativa parece ser a finalidade da Administração Pública ao lidar com o descumprimento de comandos normativos de sua alçada. Reconhece-se, assim, a *demanda repressiva* para evitar a cogitada “*impunidade*” daquele que incorreu em infração administrativa, tanto por parte da Administração Pública quanto, principalmente, pelos órgãos de controle como o Tribunal de Contas e o Ministério Público. Segundo essa lógica, é temerária a ausência de exercício da prerrogativa sancionadora pela autoridade administrativa, pois, ao deixar de aplicar a sanção administrativa, o transgressor da ordem jurídica não receberia a contraprestação devida por seus atos de responsabilidade, qual seja, a sanção. Tem-se aqui o caráter retributivo da sanção cominada pelo Poder Público.

⁶¹⁷ Cf. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, **Principios de Derecho Administrativo**, p. 44 e ss.

⁶¹⁸ “O Direito Administrativo surge, no âmbito do Direito e dos Estados Modernos, como um fenomenal instrumento capaz de ser, a um só tempo, um instrumento de ação do poder político e um arcabouço de regras e princípios voltados à sua limitação, direcionado a procurar ‘os meios e estruturas que assegurem um intervencionismo estatal aceitável’”. Floriano de Azevedo MARQUES NETO, **Regulação Estatal e Interesses Públicos**, p. 61-62.

⁶¹⁹ *Idem*, p. 66-67; p. 71.

Por fim, o último fator a ser considerado para a existência da cultura repressiva na Administração Pública corresponde à valorização dos *efeitos da sanção* administrativa, mais especificamente, do efeito simbólico da sanção aplicada pelo Poder Público, que previne novas infrações administrativas. É evidente a *sanção administrativa* como reação do Poder Público às infrações administrativas em geral, resumindo a ação da Administração à resposta binária sancionar – não sancionar. Nessa medida, quanto mais restritiva for a intervenção administrativa, acredita-se ser proporcionalmente maior o efeito simbólico da sanção para prevenção de novas irregularidades pelo sancionado e pelos demais administrados que sentiriam na repressão de seu par o poder de autoridade estatal⁶²⁰.

Da cultura repressiva percebida na Administração Pública que resulta dos quatro fatores conjugados, duas ordens de conseqüências podem afetar a atuação administrativa consensual. A primeira delas corresponde à *inutilização dos acordos substitutivos*. Embora exista a autorização normativa para terminação consensual do processo sancionador, o Poder Público poderá adotar um comportamento de desprezo para com os mecanismos concertados, deixando de aplicá-los nos casos concretos quando cabíveis. Nessa toada, poderá deixar de regulamentar o correspondente acordo substitutivo e, assim, tornar mais difícil ou inviabilizar o manejo do instrumento consensual.

A segunda conseqüência à atuação administrativa consensual propiciada pela cultura repressiva consiste na *desnaturalização dos acordos substitutivos*. Verifica-se a desnaturalização dos acordos substitutivos nos casos em que o acordo administrativo tem a sua funcionalidade originária afastada para servir à repressão do compromissário ou de outras partes do processo administrativo sancionador. A desnaturalização é evidenciada pela distorção do acordo substitutivo, passando de meio de solução de conflitos para mecanismo de efetividade da atividade sancionatória estatal.

⁶²⁰ Esse dado é facilmente recolhido do Direito Regulatório. Assiste-se na prática da fiscalização e do sancionamento pelas Agências Reguladoras a crescente aplicação de multas de expressivo valor aos regulados, o que suscita questionamentos sobre a dosimetria na aplicação de sanções, particularmente as multas, bem como sobre a proporcionalidade, que se relaciona diretamente à questão antecedente. Trata-se do tema mais e voga no atual direito regulatório sancionador. Como reação, assiste-se à edição de diversas normas sobre a dosimetria sancionatória, a exemplo da Resolução ANTT 390/03, Resolução ANEEL 63/04, Resolução ANATEL 344/03 (cujo novo regulamento encontra-se em fase de aprovação na Agência Reguladora após a realização de consulta pública – CP 847/07) e a Resolução ANS 124/06. Todavia, persistem discussões sobre a dosimetria das sanções aplicadas.

A desnaturalização do acordo substitutivo pôde ser analisada no caso dos compromissos de cessação do CADE⁶²¹, instrumento esse que cada vez mais se apresenta como efetiva sanção de multa tendo em vista o montante das contraprestações pecuniárias estabelecidas em cláusulas dos recentes TCCs firmados pela autoridade antitruste. Porém, a face da desnaturalização que mais chama a atenção é notada pela aproximação do compromisso de cessação ao acordo de leniência, dada a presença de cláusulas de reconhecimento de culpa pelo compromissário e de constituição de provas para responsabilização das demais pessoas envolvidas na conduta acordada.

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

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

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

⁶²¹ Cf. Capítulo IV, item 4.4.2.

ressalvados os casos de vinculação administrativa que obrigue o emprego de um determinado meio. Em um contexto de governança pública, a escolha entre a atuação sancionatória ou consensual concentra-se na avaliação dos efeitos que cada instrumento congrega no caso concreto.

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

Características institucionais do ente administrativo legitimado a impor as sanções administrativas e o desenho do processo sancionador – considerado em sentido amplo, abrangendo fiscalização, sancionamento e execução – terminam por questionar a eficácia da regulação por meio da coerção (o porrete – “*big stick*”). Com base em estudos empíricos sobre o *enforcement* da atuação administrativa sancionatória, uma linha do Direito Administrativo norte-americano defende que a regulação por incentivos, fundada na atividade de fomento estatal, pode ser mais efetiva que a regulação punitiva⁶²². Embora a consensualidade não se confunda com a atividade de fomento estatal, há em comum a análise instrumental da atuação sancionatória e a conclusão que em determinados casos outros mecanismos que não a sanção podem ser mais eficazes.

O dilema da cultura repressiva é comum à Administração Pública em geral, podendo obstacularizar substituições de sanções administrativas para adoção de fórmulas concertadas. Se é de inquestionável relevância a previsão de instrumentos consensuais adequados para garantir uma atuação administrativa consensual eficiente, negocial e alheia a capturas, também a superação da cultura repressiva assume importância primeira na

⁶²² Para inserção no tema, cf. John BRIGHAM & Don W. BROWN, **Introduction. Distinguishing penalties and incentives**, 1980, p. 5-7. Cf., ainda, George I. BALCH, **The Stick, the Carrot and Other Strategies. A theoretical analysis of governmental intervention**, 1980, p. 35 e ss.

afirmação da consensualidade como prática legítima para que o Poder Público busque as finalidades públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

Da pesquisa realizada no plano normativo, depreendeu-se que o modelo de previsão da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro é do tipo disperso, uma vez que a lei federal de processo administrativo (Lei 9.784/99) não possui permissivo genérico à atuação administrativa consensual, como se verifica nos sistemas italiano e espanhol. Os acordos administrativos encontram-se dispostos em variadas normas, adquirindo funcionalidades diversas conforme o setor a que estejam relacionados e o desenho que lhes sejam conferidos. A previsão dos acordos administrativos é especialmente salutar no âmbito das Agências Reguladoras, cuja significativa parcela dispõe de atos normativos que disciplinam a regulação consensual, procedida por meio de pactos entre regulador e regulado.

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

A primeira hipótese formulada foi pela viabilidade jurídica de o Poder Público negociar a imperatividade visando ao escopo de ação consensual. Ao término da pesquisa, constatou-se que a hipótese se confirma.

Primeiramente, as prerrogativas públicas são instrumentais às finalidades públicas que a Administração tem por função satisfazer, podendo, portanto, ter o seu exercício negociado ou serem afastadas para que elas possam ser alcançadas de forma mais eficiente no caso concreto. Ocorre que as prerrogativas públicas, como a prerrogativa sancionadora, consistem em ferramentas de trabalho da Administração para viabilizar ou otimizar a ação administrativa, estando, dessa forma, condicionadas ao fim de utilidade pública.

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

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

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

A segunda hipótese traçada na dissertação questionou o que se denominou no trabalho de *“elogio ao consenso”*, ou seja, o argumento de que os acordos administrativos possuem expressivos efeitos positivos quando comparados à atuação administrativa típica. Puderam-se analisar criticamente os efeitos da consensualidade a partir do estudo do caso dos compromissos de cessação no CADE, partindo do pressuposto que a avaliação dos efeitos da consensualidade somente pode ser adequadamente procedida através do estudo detido de específico instrumento consensual.

Na qualidade de instrumento consensual, o TCC desempenha o papel de válvula de escape às disfuncionalidades da burocracia pública. Pela análise da dinâmica da consensualidade, constatou-se que o compromisso de cessação volta-se fundamentalmente a transpor problemas relacionados a tempo e custos do processo administrativo, bem como

à concentração da resposta sancionatória na figura da sanção administrativa. Os TCC são celebrados com a finalidade de reduzir o tempo de processamento da responsabilidade administrativa, com conseqüente diminuição dos custos, e evitar a judicialização das decisões do CADE. Do exposto depreende-se que a eficiência dos acordos administrativos para disciplinar o caso concreto em detrimento do ato unilateral (sanção administrativa) não é o principal fator que leva à adoção da concertação administrativa. Aspectos institucionais são os mais considerados para ensejar a atuação administrativa consensual, embora a questão da eficiência surja nos debates.

A horizontalidade das relações administrativas, que seria uma das marcas da consensualidade segundo a doutrina, também não se verifica na prática da atuação administrativa consensual. Se formalmente os acordos administrativos se estabelecem por meio do consentimento mútuo estatal e privado, de modo que a aquiescência de cada parte é imprescindível à celebração do pacto, na prática evidencia-se uma negociação verticalizada na figura da autoridade pública, ao menos no caso estudado neste trabalho.

O fato é que a Administração Pública mantém o monopólio do exercício do poder de autoridade estatal, mais especificamente a prerrogativa sancionadora, podendo conduzir o processo sancionatório empregá-la se apurada a responsabilidade administrativa. O diferencial da prerrogativa sancionadora, ou seja, a constante ameaça da sanção, faz com que o privado se sujeite a determinadas cominações unilateralmente determinadas pela Administração, ainda que no bojo de um ato formalmente bilateral. Por essa razão os primeiros compromissos de cessação firmados pela autoridade antitruste aproximam-se à figura do contrato de adesão⁶²³. No âmbito do plano normativo, são previstos termos de compromisso que apesar de remeterem à consensualidade não podem ser considerados consensuais por faltar o componente da discricionariedade.

Dessa forma, a segunda hipótese confirma-se apenas parcialmente. Os acordos substitutivos possuem determinados efeitos indicados pela doutrina que podem levar à atuação administrativa consensual no caso concreto. A celebração de acordos tende a reduzir o tempo de processamento administrativo, com conseqüente diminuição dos custos relacionados, e restringe a judicialização da decisão administrativa na medida em que decorre de convergência de vontades entre Poder Público e particular. Trata-se de efeitos

⁶²³ Apenas recentemente a negociação começa a receber maior atenção pelo CADE, levando a relevantes modificações como a criação da Comissão de Negociação dos TCC e a regulamentação mais minuciosa da negociação com a edição da Resolução CADE 51/09.

institucionais e procedimentais. Todavia, a eficiência do provimento administrativo é pouco considerada na tomada de decisão sobre o meio de satisfação das finalidades públicas no caso concreto. No que tange à horizontalidade das relações administrativas, esta praticamente não se evidencia no campo prático ante a baixa valorização da negociação das prerrogativas públicas.

A averiguação das hipóteses e toda a pesquisa procedida para realização deste trabalho demonstram que a consensualidade não é um mecanismo estranho ou inovador no Direito Administrativo brasileiro. Houve gradativa abertura normativa à consensualidade e hoje o regime jurídico-administrativo conta com significativo número de instrumentos consensuais, ainda que concentrados nas atividades de autorização e sancionatória. Na seara acadêmica, a atuação administrativa consensual também é explorada em estudos, embora maior parte esteja limitada a pontuais aspectos como investigação da natureza jurídica dos acordos administrativos e fatores que levaram à recepção da consensualidade. Em suma, não há necessário relacionamento entre prerrogativas públicas e desenvolvimento das atividades administrativas.

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

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

privadas, cada qual com suas peculiaridades, será possível afirmar a consensualidade no panorama do Direito Administrativo Sancionador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e artigos

ACKERMAN, Bruce & STEWART, Richard. *Reforming Environmental Law* in *Stanford Law Review*. vol. 37. 1984-1985. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 14 de julho de 2009.

ADAMI, Mateus Piva. *A Discrecionalidade Administrativa em Face do Princípio da Eficiência*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 13 de dezembro de 2007.

ALFONSO, Luciano Parejo. *Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español* in *Revista de Direito Constitucional & Administrativo*. nº 13. Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2003.

_____. *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1995.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro* in *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2005.

_____. *Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo* in ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.), *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANDERSON, Lloyd. *Mocking the Public Interest: congress restores meaningful judicial review of government antitrust consent decree*. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899864. Acesso em 18 de novembro de 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____. *O Princípio da Eficiência* in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 4. Belo Horizonte, Fórum, jan./fev. 2004.

_____. *A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo* in *Revista Forense*. vol. 387. Rio de Janeiro: Forense, set./out. 2006.

_____. *A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos* in *Revista de Direito do Estado*. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2006.

_____. *A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 236. Rio de Janeiro: Renovar, mar./jun. 2005.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

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.

_____. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa* in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out./dez. 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10 de dezembro de 2010.

BADIN, Arthur Sanchez. *A Judicialização do Processo por Infração à Ordem Econômica – Anais do Seminário “O Judiciário na Defesa da Concorrência”* in *Revista do IBRAC*. vol. 14, n. 3. São Paulo: IBRAC, 2007.

BALCH, George I. *The Stick, the Carrot and Other Strategies. A theoretical analysis of governmental intervention in Law and Policy Quarterly*. vol. 2. 1980. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28 de março de 2009.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas. Um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BENVENUTI, Feliciano. *Appunti di Diritto Amministrativo*. 5ª ed. Padova: Antonio Milani 1987.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 241. Rio de Janeiro, Renovar, jul./set. 2005.

_____. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil* in BINENBOJM, Gustavo (coord.), *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 239. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. *Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13ª ed. vol. I. Brasília: UNB, 2007.

_____. *Dicionário de Política*. 13^a ed. vol. II. Brasília: UNB, 2007.

BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?* in *Revista de Direito do Estado*. vol. 3. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. São Paulo, 34, 2002.

BRIGHAM, John & BROWN, Don W. *Introduction. Distinguishing penalties and incentives* in *Law and Policy Quarterly*. vol. 2. 1980. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28 de março de 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1^a ed., 2^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARLYLE, T. *Flexibility and Finality in Antitrust Consent Decrees* in *Harvard Law Review*. vol. 80. abr. 1966. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1339279>. Acesso em 18 de novembro de 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

_____. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.

_____. *Derecho Administrativo*. vol. I. 6^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CASSESE, Sabino. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

_____. *As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI* in *Revista Interesse Público*, vol. 24. Belo Horizonte, Fórum, 2004.

_____. *La Crisis del Estado*. Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2003 (trad. Pascual Caiella e Juan González Moras).

CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. Paris, Montchrestien, 1992.

_____. *A Governança e o Direito* in *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2005.

COGNETTI, Stefano. *Normative sul Procedimento, Regole di Garanzia ed Efficienza* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. vol. 1. Milão: Giuffrè, 1990.

CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Ambiental, Direito Penal e Direito Administrativo*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 12 de abril de 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo* in *Revista de Direito Público*, vol. 84. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____. *Prerrogativas e Sujeições da Administração Pública* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 103. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1971.

_____. *As Cláusulas “de Privilégio” nos Contratos Administrativos* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 161. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1985.

_____. *Negócio Jurídico Administrativo* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 164. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1986.

DALLARI, Adilson Abreu. *Viabilidade da Transação entre o Poder Público e Particular* in *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 36. São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. *Os Poderes Administrativos e as Relações Jurídico-Administrativas* in *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 24. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Acordo para Recebimento de Crédito perante a Fazenda Pública* in *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 9. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2005.

DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma*. Milão: Giuffrè, 1992.

DAMONTE, Roberto. *Atti, Accordi, Convenzioni nella Giustizia Amministrativa*. Padova: Cedam, 2002.

DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Libreros, 1963.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro* in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de outubro de 2007.

_____. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo* in *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 48. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Participação Popular na Administração Pública* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 191. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1993.

DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

DUTRA, Pedro. *Conversando com o CADE*. São Paulo: Singular, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de & FÉRNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 9ª ed. vol. II. Madrid: Civitas, 2004.

EISENMANN, Charles. *O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 56. Rio de Janeiro, Renovar, abr./jun. 1959.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B; PARENTE, Flávia & HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais. Regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1990.

ESTEVES, Mauricio Cramer. *Da Possibilidade e dos Limites da Transação em Processos Judiciais por Parte do Poder Público Municipal* in *Revista Interesse Público*, vol. 38. Belo Horizonte: Fórum, jul./ago. 2006.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra, Almedina, 2003.

_____. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. 11ª ed. vol. I. Madrid: Tecnos, 1989.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX: os enunciados de Leon Duguit e de Maurice Hauriou*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de Ajuste de Conduta Ambiental. Fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERNANDES, Ulisses Jacoby. *Acordos Administrativos e Judiciais* in *Fórum Administrativo*. vol. 59. Belo Horizonte: Fórum, jan. 2006.

FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRARI, Eduardo Reale. *Termos de Compromisso de Cessação (TCC) e seus Reflexos no Crime de Cartel* in *Boletim IBCCrim*. vol. 190. 2008.

FERRARI, Eduardo Reale & CRUSCIANO, Dalton Tria. *A Multa Administrativa Antitruste e sua Natureza de Confisco Pessoal* in *Revista do IBRAC*. vol. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Instrumentos da Administração Consensual. A audiência pública e sua finalidade* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 230. Rio de Janeiro, Renovar, out./dez. 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FISS, Owen M. *Against Settlement* in *Yale Law Journal*. vol. 93. maio, 1984. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/796205>. Acesso em 18 de novembro de 2008.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Labo, 1933.

FRACCHIA, Fabrizzio. *L'Accordo Sostitutivo – Studio sul consenso disciplinato dal Diritto Amministrativo in funzione sostitutiva respectto agli strumenti unilaterali i esercizio del potere*. Milão: Cedam, 1998.

FRAGOLA, Umberto. *Le Situazioni Giuridiche nel Diritto Amministrativo*. Napoli: Jovene, 1939.

FREEMAN, Jody. *The Private Role in Public Governance* in *New York University Law Review*. vol. 75. 2000. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 14 de julho de 2009.

_____. *Collaborative Governance in the Administrative State* in *University of California Law Review*. vol. 45. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 14 de julho de 2009.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. *Definição do Direito da Regulação Econômica* in *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 9. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GELLHORN, Ernest & LEVIN, Ronald M. *Administrative Law and Process in a Nutshell*. 4ª ed. St. Paul: West Publishing, 1997.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 3ª ed. vol. I. Milão: Giuffrè, 1993.

_____. *El Poder Publico. Estados y Administraciones Publicas*. Madrid: Civitas, 1991 (trad. Luis Ortega).

GILBERTO, André Marques. *O Processo Sancionador Antitruste*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no 18 de março de 2009.

GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAUSO, Pierpaolo. *Gli Accordi della Pubblica Amministrazione con i Privati*. Milão: Giuffrè, 2007.

GIUFFRÈ, Felice. *Declínio del Parlamento Legislatore e crescita del potere de inchiesta in Le autoria indipendenti* (coord. LABRIOLA, Silvano). Milão, Giuffrè, 1999.

GROTTI, Dinorá delaide Musetti. *A participação popular e a consensualidade na Administração Pública* in *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 35. São Paulo, Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato Administrativo* in *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 32. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Termo de Ajustamento de Conduta no Âmbito da Defesa da Concorrência* in *Revista do IBRAC*. vol. 16, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2009.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Uma Releitura do Poder de Modificação Unilateral dos Contratos Administrativos (Ius Variandi) no Âmbito das Concessões de Serviços Públicos* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 219. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2000.

HARTER, Philip J. *Negotiating Regulations: a cure for malaise* in *Georgetown Law Journal*. vol. 71. 1982-1983. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 14 de julho de 2009.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*. 11ª ed. Bordeaux: Imprimerie Cadout, 1927.

_____. *Précis de Droit Adminisratif et de Droit Public*. 2ª ed. Paris: L. Larose & Forcel, 1893.

_____. *Principes de Droit Public*. 2ª ed. Paris: Sirey, 1916.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

ISENBERGH, Maxwell S. & RUBIN, Seymour J. *Antitrust Enforcement Through Consent Decrees* in. *Harvard Law Review*. vol. 53. jan. 1940. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1333475>. Acesso em 18 de novembro de 2008.

JAMBRENGHI, M. T. Paola Caputi. *Studi sull'Autoritarietà nella Funzione Amministrativa*. Milão, Giuffrè, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo* in *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 26. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O Direito Administrativo de Espetáculo* in ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.), *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KATZ, Milton. *The Consent Decree in Antitrust Administration* in *Harvard Law Review*. vol. 53. jan. 1940. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1333476>. Acesso em 18 de novembro de 2008.

LEAL, Rogério. *Considerações Preliminares sobre o Direito Administrativo Brasileiro Contemporâneo e seus Pressupostos Informativos* in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 11. Belo Horizonte, Fórum, jan./mar. 2003.

_____. *Esfera Pública e Participação Social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão de interesses públicos no Brasil* in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./mai. 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2010.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMA, Gabriel de Araújo. *Teoria da Supremacia do Interesse Público: crises, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal* in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2009.

LLOVET, Tomás Font. *Desarrollo Reciente de los Instrumentos de la Administración Consensual en España* in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.), *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOBÃO, Carla. *Compromisso de Cessação de Prática: uma abordagem crítica sobre o instituto* in *Revista do IBRAC*, vol. 8, nº 8. São Paulo, IBRAC, 2002.

LOBEL, Orly. *The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought* in *Minnesota Law Review*, n. 89. 2004-2005. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 14 de julho de 2009.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*. Coimbra: Coimbra, 1995.

MACEDO, Ronaldo Porto. *O Caso White Martins e a Questão da Imposição de Multas no Direito Antitruste Brasileiro* in *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 5. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2004.

_____. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil*. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, março 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 05 de outubro de 2009.

_____. *Aspectos Jurídicos do Exercício do Poder de Sanção por Órgão Regulador do Setor de Energia Elétrica* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 221. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo, Malheiros, 2002.

_____. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal* in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. vol. 4. Salvador, nov-jan, 2005-2006.

_____. *Discrecionalidade e Regulação Setorial – O caso do controle de atos de concentração por regulador setorial* in ARAGÃO, Alexandre Santos de, *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Mediação e Arbitragem no Setor de Telecomunicações* in *Revista Interesse Público*. vol. 37. Porto Alegre: Notadez, mai./jun. 2006.

_____. *O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Função social e exploração econômica dos bens públicos*. Tese de livre-docência defendida na Universidade de São Paulo em outubro de 2008.

_____. *Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. *Do Contrato Administrativo à Administração Contratual* in *Revista do Advogado*. vol. 107. São Paulo: AASP, dez. 2009.

MARTINS, Pedro A. *Arbitrabilidade Objetiva. Interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública* in *Revista Interesse Público*. vol. 50. Belo Horizonte: Fórum, jul/ago. 2008.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio. *L'Attività* in CASSESE, Sabino (coord) *Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto Amministrativo Generale*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 2003.

_____. *Il Rapporto Autorità-Libertà e Il Diritto Amministrativo Europeo* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* in *Rivista Trimestrale Di Diritto Pubblico*. vol. 4. Milão: Giuffrè, 2006.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O Novo Estado Regulador no Brasil – Eficiência e Legitimidade*. São Paulo: Singular, 2007.

_____. *Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do estado no debate jurídico brasileiro* in *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 12. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *A Processualidade no Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Do ato ao processo*

_____. *O Florescimento de Novas Figuras Contratais* in *Revista do Advogado*. vol. 197. São Paulo: AASP, dez. 2009.

_____. *Administração Pública: do ato ao processo* in ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.), *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDEIROS, Suzana Domingues. *Arbitragem Envolvendo o Estado no Direito Brasileiro* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 233. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *O Poder de Polícia, o Desenvolvimento e a Segurança Nacional* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 125. Rio de Janeiro, Renovar, jul./set. 1976.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MODESTO, Paulo. *Participação Popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização* in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr./jun., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2010.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *Princípio da Legalidade e os Poderes Normativo e Regulamentar da Administração Pública* in *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 20. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Poder Público, Serviço Público: Crise e Conciliação* in *Revista de Direito do Estado*. vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e a Elaboração Processual de Normas* in *Revista de Direito Público da Economia*. Nº 2. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003.

_____. *Agências Reguladoras Independentes, Poder Econômico e Sanções Administrativas* in GUERRA, Sérgio (coord.), *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo: Novas Considerações (Avaliação e Controle das Transformações)* in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, jun./ago. 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de outubro de 2007.

_____. *Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro* in *Revista Brasileira de Direito Público*, vol. 3. Belo Horizonte, Fórum, 2001.

_____. *O Futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos* in OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Políticas Públicas e Parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual* in *Revista de Direito do Estado*. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2006.

_____. *O Pós-Modernismo e o Direito Público* in *Revista de Direito do Estado*. vol. 6. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2007.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 231. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2003.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Legitimidade, finalidade, eficiências, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Audiências Públicas* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 210. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1997.

NICOSIA, Fabio Massimo. *Potere ed Eccesso di Potere nell'Attività Amministrativa Non Discrezionale*. Napoli: Jovene Editore, 1991.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administraivo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 1993.

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

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *O Poder do Estado e o Exercício da Polícia Administrativa* in *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 29. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *O Contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia cinco de maio de 2005.

_____. *A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 241. Rio de Janeiro, Renovar, jul./set. 2005.

_____. *Participação Administrativa* in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, set./Nov. 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de & SCHWANKA, Cristiane. *A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no Século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação* in *Revista de Direito do Estado*. vol. 10. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2008.

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

_____. *O Conceito de Sanção Administrativa no Direito Brasileiro* in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.), *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2000.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina, 2003.

OVIEDO, Carlos García. *Derecho Administrativo*. 3ª ed. Madrid: E.I.S.A., 1951.

PACHECO, Regina. *O Modelo de Agências Reguladoras no Brasil* in *Revista de Administração Pública*. vol. 40, n. 4. São Paulo: FGV, jul./ago. 2006.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte general*. 15ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PONDÉ, Lafayette. *A Doutrina e a Jurisprudência na Elaboração do Direito Administrativo* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 196. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1994.

PORFIRIO JUNIOR, Nelson de Freitas. *Acordos Ambientais*. Tese de doutoramento defendida em 6 de maio de 2005 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

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

PROSSER, Tony. *Towards a Critical Public Law* in *Journal of Law and Society*, vol. 9, nº 1, 1982.

PUIG, Manuel Rebollo. *El Derecho Adminisrativo Sancionador* in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.), *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

RIBEIRO, Mauricio Portugal & Lucas Navarro PRADO. *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 9ª ed. Napoli: Jovene, 1966.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. vol. II, 2ª. ed. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

SANTOS, André Luiz Lopes dos & CARAÇATO, Gilson, *A Consensualidade e os Canais de Democratização da Administração Pública* in *Curso de Direito Administrativo Econômico* [org. José Eduardo Martins Cardozo, João Eduardo Lopes Queiroz & Márcia Walquíria Batista dos Santos], vol. I. São Paulo, Malheiros, 2006.

SCOCA, Franco Gaetano. *Autorità e Consenso* in *Autorità e Consenso nell'Attività Amministrativa*. Milão: Giuffrè, 2002.

SILVA, Manuel Vasco Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*. Coimbra: Almedina, 2005.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Do Poder Administrativo, o Poder entre Poderes* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 119. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1975.

SHAPIRO, David L. *The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy* in *Harvard Law Review*. vol. 78. 1964-1965. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 14 de julho de 2009.

SOLOMON, Jason M. *Law and Governance in the 21st Century Regulatory State* in *University of Georgia School of Law Research Paper Series*. nº 8. 2008. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 14 de julho de 2009.

SOUZA, Carlos Alberto Sobral de. *Da Transação e da Indisponibilidade do Interesse Público* in *Fórum Administrativo*. vol. 8. Belo Horizonte: Fórum, out. 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O Direito Administrativo entre os clips e os negócios* in *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 5, n. 18, abr./jun. 2007.

_____. *A Ordem dos Publicistas* in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro 2004. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de outubro de 2007.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. 8ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

_____. *Processo e Procedimento administrativo* in *As Leis de Processo Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2000.

_____. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas* in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Princípio é Preguiça?* (mimeo).

_____. *Para Entender o Direito Administrativo*. (mimeo).

_____. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Os Helipontos e o Direito de Construir na Vizinhança* in *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. *O Devido Processo Administrativo na Execução de Termo de Ajustamento de Conduta* in *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. vol. 32. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2008.

_____. *Introdução às Agências Reguladoras* in SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. *Perspectiva do Direito Administrativo no Próximo Milênio* in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998.

_____. *Composição da Atividade Administrativa* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 228. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2002.

_____. *Direito Administrativo Participativo* in *Revista de Direito Administrativo*. vol. 242. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2005.

TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. São Paulo: UNIMEP, 2005.

_____. *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law* in *Law & Society Review*. vol. 17. 1983. Disponível em <http://jstor.org/stable/3053348>. Acesso em 18 de novembro de 2008.

TOURINHO, Rita. *O Ato de Improbidade Administrativa de Pequeno Potencial Ofensivo e o Compromisso de Ajustamento* in *Fórum Administrativo*. vol. 30. Belo Horizonte: Fórum, ago. 2003.

TURRA, Leonardo Canabrava. *Do Compromisso de Cessação de Prática no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: considerações sobre sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela Administração Pública e questões de direito intertemporal*. vol. 13. São Paulo: IBRAC, 2006.

TRUBEK, David & TRUBEK, Louise. *New Governance & Legal Regulation: complementarity, rivalry, and transformation* in *University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series*. vol. 1047. 2007. Disponível em <http://www.heinonline.org>. Acesso em 14 de julho de 2009.

VASTA, Stefania. *La Revoca degli Atti Amministrativi Consensuali*. Parma: Università di Parma, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *A Arbitragem no Contexto Constitucional Brasileiro* in *Revista Trimestral do Direito Público*. vol. 36. São Paulo: Malheiros, 2001.

VERA, José Bermejo. *La Potestad Sancionadora de la Administración* in MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.), *Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *Controle judicial da atividade normativa das Agências Reguladoras* in ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.), *O poder normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WANG, Daniel, PALMA, Juliana & COLOMBO, Daniel. *Revisão Judicial dos Atos das Agências Reguladoras: uma análise da jurisprudência brasileira (mimeo)*.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório Anual 1996*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório Anual 1997*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório Anual 1998/99*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório de Gestão (Exercício de 2000)*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório de Gestão (Exercício de 2001)*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório de Gestão (Exercício de 2002)*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório de Gestão 2004*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório de Gestão 2005*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório de Gestão 2006*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório de Gestão (Exercício de 2007)*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório de Gestão (Exercício de 2008)*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório de Gestão (Exercício de 2000)*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Cartilha do CADE*. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 05 de dezembro de 2009.

Ministério de Administração e Reforma do Estado (MARE). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI8.HTM. Acesso em 07 de janeiro de 2010.

Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD). *Competition Law and Policy in Brazil. A peer review*. 2005. Disponível em http://www.seae.fazenda.gov.br/destaque_ingles/bb-ocde-presents-the-report-of-the-brazilian-peer-review.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). *Política da SDE. Termo de Compromisso de Cessação de Prática em Cartel.* Disponível em <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID597B15F35E7043448D2E1D00D14E5804PTBRIE.htm>.

Casos

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo 08700.001882/2008-19. Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan. Requerente: Bridgestone Corporation. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). Processo Administrativo 08012.002028/2002-24. Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Representada: Airline Tariff Publishing Company (ATPCO). Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Processo Administrativo 53500.002284/2001. Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Representada: Telecomunicações de São Paulo S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo 08700.005216/2007-61. Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz. Requerente: Construtora Norberto Odebrecht S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Processo Administrativo 53500.002286/2001. Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Representada: Telecomunicações de São Paulo S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Processo Administrativo 53500.005770/2002. Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz. Representada: Telecomunicações de São Paulo S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). Processo Administrativo 08012.007667/2004-48. Conselheiro Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Representada: Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Ministério da Justiça (MJ). Processo Administrativo 08000.020849/1996-18. Conselheiro Relator Mércio Felsky. Representadas: White Martins Gases Industriais Ltda. e Liquid Carbonic Indústrias S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). Processo Administrativo 08012.003303/1998-25. Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Representada: Souza Cruz S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). Processo Administrativo 08012.003048/2001-31. Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo. Representadas: Globosat Programadora Ltda. e Globo Comunicações e Participações S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo 08700.003431/2001-31. Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz. Representadas: Telelistas (Região 1) Ltda. e Telemar Norte Leste S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo 0049/1992. Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade. Representada: Becton e Dickison Ind. Cirúrgicas Ltda. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo 08700.004221/2007-56. Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo. Requerente: Lafarge Brasil S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). Processo Administrativo 08012.002493/2005-16. Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Representadas: Friboi Ltda., Bertin Ltda. e outras. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). Processo Administrativo 08012.006805/2004-71. Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia. Representadas: Rio Cubatão Logística Portuária Ltda., Tecondi – Terminal de Contêineres da Margem Direita S/A e Libra Terminais S/A-T-37. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo 08700.005281/2007-96. Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Requerentes: Marco Antonio Ferraroli dos Santos e Alcan Embalagens do Brasil Ltda. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Ministério da Justiça (MJ). Processo Administrativo 08000.016384/1994-11. Conselheiro Relator não indicado. Representadas: Ultrafertil S/A Indústria e Comércio de Fertilizantes e outros. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo 0061/1992. Conselheira Relatora Lucia Helena Salgado e Silva. Representada: AMB – Associações Médica Brasileira. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). Processo Administrativo 08012.007238/2006-32. Conselheiro Relator César Costa Alves de Mattos. Representados: Oswaldo Redaelli Filho

e Associação das Auto-Escolas e CFCS de Campinas e Região. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). Processo Administrativo 08012.008678/2007-98. Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan. Representada: Construtora Norberto Odebrecht S/A. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Secretaria de Direito Econômico (SDE). Processo Administrativo 08012.006808/2000-81. Conselheiro Relator Luiz Fernando Rigato Vasconcellos. Representada: Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores – FENABRAVE. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo 08700.005281/2007-96. Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Requerentes: Marco Antonio Ferraroli dos Santos e Alcan Embalagens do Brasil Ltda. Disponível em <http://www.cade.gov.br>. Acesso em 08 de janeiro de 2010.