

RECEBIDO EM: 14/03/2022

APROVADO EM: 05/08/2022

# A CONSTRUÇÃO DA CULTURA DO CONSENSUALISMO NAS AGÊNCIAS REGULADORAS E SEUS DESAFIOS

## *THE CONSTRUCTION OF THE CULTURE OF CONSENSUALISM IN PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS CHALLENGES*

*Julia Maurmann Ximenes*

*Pós-doutora pela Universidade da Califórnia. Doutora em Sociologia Política pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professora do corpo permanente do Doutorado Profissional em Políticas Públicas da ENAP e do Mestrado da ENAP. Professora do curso de Pós-Graduação lato sensu (EAD) “Controle da Desestatização e da Regulação” e do curso de “Análise Econômica do Direito” do Instituto Serzedello Corrêa/TCU.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Cultura da sentença. 3. Cultura do consensualismo. 4. O desafio do consensualismo nas agências regulatórias. 5. Conclusões.

**RESUMO:** A consensualidade tem sido incentivada no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no âmbito da atuação da Administração Pública. Contudo, consolidar uma cultura jurídica que retire o foco da decisão judicializada de conflitos demanda tempo. Este é o problema de pesquisa: em que medida a cultura jurídica tem incorporado a cultura do consensualismo? A metodologia sociojurídica permite refletir sobre quanto os atores do campo jurídico estão assumindo novas práticas na solução dos conflitos, e assim incorporando uma racionalidade consensual. A abordagem Direito e Políticas Públicas permanece um desafio de pesquisa para compreender as possibilidades de arranjos institucionais e ferramentas que permitam o consenso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mecanismos Adequados Solução de Conflitos. Direito Administrativo Consensual. Direito e Políticas Públicas. Cultura Jurídica. Agências Reguladoras.

**ABSTRACT:** Consensus has been encouraged in the Brazilian legal system, including within the scope of Public Administration activities. However, consolidating a legal culture that removes the focus from the judicialized decision of conflicts takes time. This is the research problem: to what extent is the legal culture adapting to the demands of consensualism? The socio-legal methodology allows us to reflect on how actors in the legal field are assuming new practices in conflict resolution, and thus incorporating a consensual rationality. The Law and Public Policy approach remains a research challenge to understand the possibilities of institutional arrangements and tools that allow consensus.

**KEY-WORDS:** Adequate conflict Resolution Mechanisms. Consensual Administrative Law. Law and Public Policies. Legal Culture. Socio-Legal Research.

## INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental (art. 5, XXXV da Constituição Federal), cabendo ao Estado promover o acesso aos órgãos judiciários e meios adequados para solução dos litígios de forma eficiente e em um prazo de tempo razoável. (art. 5, LX-XIV)

No Brasil, o contexto democrático e a presença do direito nas relações sociais<sup>1</sup> acarretou uma demanda judicial robusta. O conflito é inerente à sociedade, contudo, nem sempre o Judiciário precisa ser demandado – as partes precisam ser valorizadas, com oportunidade e responsabilidade pela solução de seus conflitos.

Este é o cenário do surgimento dos mecanismos adequados<sup>2</sup> de solução de conflitos: mediação, conciliação e arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente artigo tem como objetivo abordar o surgimento do Direito Administrativo Consensual com o seguinte problema de pesquisa: em que medida a cultura jurídica tem incorporado a cultura do consensualismo?

A noção de cultura aqui utilizada não é a de cultura em geral, mas de um conjunto de ideias, valores, expectativas e atitudes em relação à lei e às instituições jurídicas, ou seja, dentro de um determinado campo,

---

1 Esta presença é conhecida como “juridicização” ou seja, “a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada” (Vianna et al., 1999, p. 15).

2 Há uma controvérsia sobre a utilização do termo “alternativo” ou “adequado” diante dos paradigmas que apresentaremos no decorrer deste artigo. Contudo, apenas registramos algumas reflexões sobre a controvérsia doutrinária: “Se por um lado, é possível afirmar que o Judiciário é meio adequado para solução de uma série de conflitos, por outro lado, a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem são meios alternativos ao Judiciário para a solução de controvérsia. Ser uma via alternativa significa que constitui um desvio autorizado às partes, com renúncia ao caminho ordinário representado pelo recurso à jurisdição estatal. Esses meios alternativos são, na verdade, meios mais adequados para a solução de controvérsias. Tal expressão vem se consagrando na medida em que se percebe que para determinados tipos de conflitos a solução pela via do Poder Judiciário não se mostra conveniente ou adequada, de forma que a negociação, a mediação, a conciliação ou a arbitragem proporcionam uma melhor resposta aos interessados, isto é, mais adequada e eficiente. Isso não significa, contudo, que a expressão “meios alternativos” esteja equivocada ou ultrapassada. Primeiro, porque efetivamente os meios citados são alternativos ao processo judicial no Poder Judiciário, que seria o meio ordinário de solução de conflitos. Segundo, porque a utilização da expressão é amplamente difundida e conhecida, de forma que o destinatário da comunicação identifica de pronto qual o assunto tratado. Inclusive, a expressão é derivada da homônima em língua inglesa *alternative dispute resolution* – ADR. Por fim, porque nem sempre será simples e unânime identificar qual o meio é o mais adequado para a solução de determinado conflito.” (TONIN, 2016, p. 33-4)

especificamente o campo jurídico (espaço de luta simbólica entre os atores jurídicos e suas respectivas interpretações). E neste sentido, a “cultura” (ideias compartilhadas ou não) do campo jurídico sobre o consensualismo: uma Administração Pública dialógica, que salienta, também, a administração por acordos, negociação, coordenação, cooperação, colaboração, conciliação e transação. (OLIVEIRA, 2010, p. 218)

A proposta é refletir sobre os percalços ainda encontrados para a efetivação de uma cultura de mediação e negociação nos conflitos com a Administração Pública. A hipótese apresentada é que a cultura ainda não está totalmente consolidada, e para demonstrar isso faremos a análise comparativa entre a judicialização das políticas públicas e regulatórias e a arbitragem nas agências reguladoras, a partir das práticas desenvolvidas na primeira no sentido de cooperação institucional. O caminho que os dois fenômenos têm percorrido para avançar em práticas consensuais será objeto de análise.

A pesquisa utiliza uma abordagem sociojurídica: o conceito de cultura jurídica<sup>3</sup> permite compreender o processo de construção de uma racionalidade, de uma lógica interpretativa sobre o papel de institutos jurídicos (negociação e mediação) e de atores jurídicos (Poder Judiciário, Ministério Público, advogados, Agências Reguladoras, Tribunal de Contas, e outros) na efetivação de determinados direitos, mais especificamente na solução de conflitos.

No campo jurídico a doutrina como sinônimo de referencial teórico, reconhecido e legítimo, e a jurisprudência, exercem o papel de convencimento e de construção de novas abordagens. Este é o contexto de problematização do presente trabalho: diante de controvérsias entre doutrina e jurisprudência judicial e do Tribunal de Contas da União (TCU), como construir uma lógica consensual dominante? Quais são os desafios?

Para tanto o artigo foi construído da seguinte forma: no primeiro momento a apresentação da cultura da “sentença” e o cenário da judicialização após a Constituição de 1988. Em seguida apresentaremos a cultura do consensualismo e os elementos mais questionados por atores que resistem aos novos paradigmas do Direito Administrativo. Para ilustrar o processo de transição, apresentaremos as controvérsias da utilização da arbitragem pelas Agências Reguladoras.

---

3 Esta cultura é construída a partir de embates simbólicos sobre o “dizer o Direito” mais reconhecido entre os próprios atores do campo, entre os pares. Assim, compreender a “mentalidade” dominante entre os atores sobre determinados temas explica o movimento de consolidação ou não de novas tendências interpretativas pelos diversos atores jurídicos, a forma como eles atribuem significado e reconhecem uma determinada interpretação sobre o papel do Direito. (BOURDIEU, 1989; JUNQUEIRA, 2001; VILLEGAS, 2010)

A consensualidade cunhada na eficiência, na participação administrativa e na governança pública, que preza pela maior horizontalização das relações travadas entre Administração e administrados (PALMA, 2014) demanda uma cultura, uma lógica interpretativa sobre o “dizer o Direito” e o papel de instituições jurídicas que ainda está em processo de consolidação. Vamos compreender como e por que.

## 2. “CULTURA DA SENTENÇA”

Desde a promulgação da Constituição de 1988, muito se fala sobre direitos, em uma perspectiva mais ampla, de reivindicação, de efetivação e de acesso. Na mesma linha, os operadores do Direito (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, advogados, doutrinadores) passam a atuar cada vez mais na efetivação desses direitos. O texto constitucional e a retomada democrática são percebidos como um cenário sociopolítico e constitucional que provocou a estruturação de uma cultura jurídica inovadora na compreensão e leitura do fenômeno jurídico.

Essa inovação reside basicamente na superação do paradigma positivista que apregoava o distanciamento entre direito e política. O positivismo jurídico enquanto sistema e teoria jurídica é bastante complexo, mas a pretensão de construir um objeto e um método seguro, ou seja, isolar o direito de qualquer racionalidade que não fosse a jurídica, a partir das regras e segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida, tem sido questionada.

Nesta linha, o debate surge quando há mais de uma norma possível para solucionar o conflito e até normas contraditórias. Isso ocorre com frequência com os dispositivos constitucionais, exigindo outra técnica metodológica: a ponderação, que é o método de fundamentação de um enunciado de preferência em um caso concreto.

No âmbito internacional, o paradigma positivista foi superado após a Segunda Guerra Mundial, quando a questão da legitimidade dos atos do Estado passa a ser questionada, utilizando textos constitucionais como parâmetro. Nesse sentido, surgem as constituições com textos que tratavam não apenas da organização do poder político e dos direitos individuais, mas incorporaram direitos sociais que exigem a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, incluindo ainda princípios que expressariam os valores da sociedade, permitindo uma vasta possibilidade de interpretação. Assim, o sentido da palavra política na relação com o direito designa a expressão de valores, de princípios compartilhados em uma sociedade plural e democrática.

Portanto, reconhece-se a centralidade das dimensões social e política no Direito. Essa percepção é importante para o novo posicionamento do Poder Judiciário como ator de caráter decisório em questões até então restritas às esferas políticas, Poder Legislativo e Executivo.

Contudo, no âmbito da formação acadêmica dos operadores do Direito, a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos e interesses também foi e ainda é robusta.

... toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso. (WATANABE, 2005, [s/n])

O autor chama esta abordagem de “cultura da sentença”, ou seja, o juiz prefere proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes, pois a formação processual ainda acontece na lógica da teoria instrumentalista do processo.

A teoria instrumentalista do processo, bastante difundida no sistema pátrio pela Escola Paulista de Processo, parte da ideia de que o processo foi criado pelo homem na busca de realizar determinados objetivos, e nessa perspectiva deve ser visto, não se justificando formalismos contraproducentes, que retardam a entrega da prestação jurisdicional, quando não a tornam inefetiva. Fala-se em princípio instrumental. (BRANCO, 2020, p. 52)

Para o instrumentalismo há um protagonismo judicial, o processo é instrumento a serviço do Estado e não das partes na busca da realização da justiça.

Além disso, a sociedade alimenta a “cultura do litígio”, pois alcançou o ponto em que qualquer pequeno desentendimento entre vizinhos é levado ao Judiciário para que o juiz decida a situação e declare o vencedor e o perdedor. De uma forma geral, se foge da possibilidade de realizar um acordo ou aceitar qualquer outro meio consensual de solucionar os conflitos, pois se considera esta uma solução de segunda classe. A melhor decisão, aquela digna de ser considerada correta para qualquer litígio, deve ser proferida pelo juiz. Além disso, a maioria dos litigantes não aceita a decisão do juiz singular como definitiva e recorre às instâncias superiores para reanalisar seu caso, o que acaba superlotando os órgãos do Judiciário. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016, p. 20)

No contexto social e constitucional brasileiro, os diferentes atores – sociais, políticos, jurídicos – passaram a demandar e a receber demandas de novos sujeitos. A linguagem dos direitos está presente no cotidiano das relações sociais. As relações sociais estão cada vez mais impregnadas de teor jurídico, uma lógica de juridicização, que mobiliza o campo jurídico no compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais. Essa é a concepção que permitirá a construção de uma cultura favorável à centralidade do Direito e dos atores do campo jurídico na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Todo esse cenário constitucional e social permitiu a estruturação de uma nova hermenêutica, um novo padrão de interpretação que ficou conhecido como neoconstitucionalismo.<sup>4</sup> Portanto, os cenários sociopolítico e constitucional apontados favoreceram a construção desse novo padrão de interpretação e a judicialização da política: o Judiciário passa a ser investido da capacidade de interpretar o conteúdo constitucional, transcendendo suas funções tradicionais de apenas adequar o fato à lei. Assim, passa a inquirir a realidade à luz dos valores e princípios dispostos constitucionalmente, isto é, valores universais de uma sociedade que não se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação. A afirmação retoma a ruptura com o paradigma positivista já comentado – neste não caberia ao Judiciário solucionar questões de cunho político, típicas dos outros dois poderes.

Este é o contexto da judicialização da política, das políticas públicas e regulatórias. Um enredo sociopolítico e constitucional abrangente e complexo, que conduzirá a cultura da sentença na perspectiva da responsabilidade do Poder Judiciário na solução de conflitos de cunho distributivo<sup>5</sup>, como no caso de políticas públicas e de políticas regulatórias.

Políticas públicas são programas de ação governamental, visando realizar objetivos determinados (BUCCI, 2006). As categorias que estruturam o conceito de políticas públicas não são próprias do Direito, mas sim da política e da administração pública, carregando elementos

---

4 Apesar de não ser objeto principal do presente trabalho, registramos aqui um conceito de neoconstitucionalismo: teoria que busca explicar o surgimento de textos constitucionais a partir da década de setenta do século XX que apontam a centralidade do texto constitucional, sua principiologia e um amplo catálogo de direitos fundamentais. Para saber mais: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trota, 2010.

5 “Distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição dos ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios). A distribuição distingue-se da troca. A justiça das trocas diz-se justiça comutativa, ou retributiva ou corretiva. Comutar é trocar, retribuir é devolver e corrigir é restaurar ao estado certo (e anterior).” (LOPES, 2006, p. 144/5, grifos no original)

estranhos ao campo jurídico, como dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o poder público quer atingir, e/ou à concretização de direitos (BUCCI, 2006).<sup>6</sup>

Contudo, é a norma jurídica que desempenha a função de plasmar os objetivos, as diretrizes e os meios dessa atividade estatal, a qual normalmente surge a partir de uma agenda política diante de um aspecto da vida social que demanda a atuação do Estado de forma prestacional,<sup>7</sup> via de regra condicionada ainda a princípios e objetivos constitucionais.

Esta norma está no direito administrativo, reduzindo o grau de arbítrio da administração pública e submetendo o administrado ao controle jurisdicional de políticas públicas.

No aspecto formal, o controle é a garantia de submissão à legitimidade democrática, ou seja, o processo de construção da política pública deve obedecer a transparência administrativa. O aspecto material do controle é quanto às opções sobre o papel do Estado previstas no texto constitucional, especialmente os que se ancoram na dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a cultura da sentença na judicialização das políticas públicas acaba por enfrentar o dilema da micro e da macro justiça: ao resolver uma demanda individual o juiz acaba impactando na política pública e seu caráter distributivo. O Poder Judiciário se divide em duas grandes abordagens para a resposta a estes conflitos: conceder o direito independentemente da política pública existente ou considerar o conteúdo da política pública, uma deferência ao Poder Executivo.

A racionalidade tem se alterado durante o tempo da judicialização das políticas públicas e regulatórias – em um primeiro momento, durante a década de 90, muitas decisões encaravam a política pública como um “entreve burocrático” (ROMERO, 2008). A mudança de compreensão sobre

---

6 “As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.” (Bucci, 2006, p. 31).

7 “Hoje é indissociável à noção de Estado a ação sobre os rumos da sociedade, ação esta que deve estar direcionada a buscar o aprimoramento da vida em comum como requisito da legitimidade e de legitimação. É também assentado que o Estado deve valer-se do direito para tanto, fazendo inscrever os objetivos a serem alcançados em normas jurídicas, sejam elas constitucionais, sejam infraconstitucionais. Com isto, o direito passa a apresentar, além de suas funções tradicionais identificadas, outras já plenamente enraizadas, em que vem caracterizado como médium para o estabelecimento desses objetivos, cuja materialização é implementada por meio de políticas públicas econômicas e sociais.” (Massa-Arzabe, 2006, p. 51).

a relação entre o Direito e a Política Pública, para uma maior deferência às últimas é uma demonstração da consolidação de uma nova cultura jurídica durante o século XXI.

Isto não quer dizer que todos estão acompanhando esta nova racionalidade, mas o processo em curso pode ser percebido pelo surgimento de novos arranjos institucionais que possibilitam o reequilíbrio entre poderes, minimizam o ativismo judicial (escolhas discricionárias dos juízes) e asseguram a concretização de direitos fundamentais, especialmente de grupos estigmatizados (SILVA et al., 2012) – os diálogos institucionais.

As experiências no Brasil se concentram em práticas dialógicas no âmbito da judicialização da saúde. É o caso dos Núcleos de Assessoria ou Apoio Técnico (NAT)<sup>8</sup>, cuja criação tem sido estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para minimizar uma das grandes críticas à atuação do Judiciário na área: o desconhecimento técnico.<sup>9</sup> Contudo, importante registrar que a análise de algumas “boas práticas” demonstra a dependência da atuação isolada de determinados atores jurídicos. A institucionalização da prática e do diálogo evitaria desdobramentos negativos sobre a atuação de atores isoladamente e que não estejam ainda reconhecendo as novas racionalidades interpretativas.

A lógica dos NATs na judicialização da saúde e a recomendação do CNJ se aproximam do que apresentaremos a seguir como a cultura

---

8 Analisando o caso de Araguaína/TO, Pinheiro (2016, p. 4) salienta que: “Esses Núcleos têm como finalidade o auxílio aos magistrados no julgamento das demandas envolvendo prestações relacionadas ao direito à saúde, viabilizando a disponibilidade de um conhecimento técnico para o respaldo de uma decisão mais segura. Permitem ainda o melhor atendimento do cidadão, no sentido de agilizar a solução de seu problema, além de reduzir o número de demandas impetradas. Além de atuar como meio de solução administrativa na fase pré-processual e emitir pareceres técnicos durante a fase litigante, o NAT pode atuar como instrumento de gestão junto às Secretarias de Saúde, Estaduais e Municipais, no sentido de identificar a maior incidência das demandas para oferecer subsídio ao planejamento das ações de saúde, com o objetivo de otimizar o atendimento prestado aos usuários.” A autora finaliza a pesquisa: “O exemplo de Araguaína ilustra o percurso histórico de um arranjo que tem sido construído e modelado ao longo dos últimos cinco anos pelos atores políticos que convivem nesse contexto. Resolutividade, caráter consultivo e pedagógico, celeridade, comprometimento, imparcialidade, organização, sustentabilidade e inovação são características que marcam o Núcleo em estudo. O modelo, passível de ser replicado para outros municípios do país, consideradas as devidas adaptações, estrutura-se a partir da oitiva do gestor pelo sistema de justiça e evidencia que a superação dos desafios cotidianos só é possível quando há o espaço institucional para o diálogo e há vontade política de todos os envolvidos.” (PINHEIRO, 2016, p. 38).

9 A Recomendação no 31/2010 do CNJ recomendou o apoio técnico aos magistrados e demais operadores do direito na formação de um juízo de valor quanto a demandas judiciais individuais envolvendo a assistência à saúde.

do consensualismo: uma teoria estrutural de diálogo (BATEUP, 2006),<sup>10</sup> saindo da discussão sobre o conteúdo da decisão judicial,<sup>11</sup> se ativista ou não, e se concentrando em mecanismos institucionais ou políticos que permitam o diálogo entre os diferentes atores envolvidos.<sup>12</sup> Aqui percebemos um movimento no campo jurídico no sentido de construir uma racionalidade, uma “cultura” jurídica que substitua a binária: “A decisão consensual foge das fórmulas binárias do tipo ‘proibido *versus* permitido’, para endereçar soluções pragmáticas, cujas cláusulas de fazer e de não fazer se mostrem mais adequadas à resolução do problema que enseja a atuação administrativa.” (PALMA, 2014, p. 187)

A teoria dos diálogos institucionais pretende evitar “verdades absolutas” na solução de conflitos por intermédio da perspectiva cooperativa, dialógica. “...partindo da compreensão da complexidade e limites de sua empreitada, estas teorias buscam construir desenhos institucionais de maior interlocução, nos quais a responsabilidade pela configuração do sentido constitucional é repartida entre diversos atores, aos quais competem, solidariamente, a difícil tarefa de concretizar o texto fundamental.” (SILVA et al, 2012, p. 137)

Portanto, a “cultura da sentença” e a “cultura do litígio” são os grandes entraves para a aplicabilidade do segundo marco normativo que busca a cultura de paz – a Lei no 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como Lei da Medicação. A proposta é valorizar a pessoa como ser humano

---

10 “Structural theories of dialogue are based in the recognition that institutional or political mechanisms exist within constitutional systems that enable political actors to respond to judicial decisions in the event of disagreement. On this more positive understanding, dialogue about constitutional meaning emerges when these mechanisms of response are engaged, enabling a dynamic process of to-and-fro to take place between judges and other constitutional actors.” (Bateup, 2006, p. 32).

11 “Diante das dificuldades encontradas para justificar o controle de constitucionalidade por diferentes correntes que afirmam que esse dispositivo deva ser utilizado, a teoria dialógica buscou enfatizar não os aspectos interpretativos que deveriam ser empregados pelos magistrados na formulação de suas decisões, mas qual a função institucional ocupada pela fiscalização constitucional. Assim, não se trata mais de (apenas) ressaltar a importância dos valores morais fundamentais resguardados pela Constituição, mas como definir as estruturas de Poder de modo que a produção de decisões não seja o resultado de ‘monólogos’.” (Clève; Lorenzetto, 2015, p. 197).

12 “O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas, a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade. Eis que, a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as formas mais aprimoradas de resolução das tensões entre direito e política ocorrem através da dialógica institucional.” (Clève; Lorenzetto, 2015, p. 203).

e o pacto entre iguais, fomentando a cooperação, o entendimento e a justiça social: mediação de conflitos entre indivíduos particulares e também autocomposição de conflitos no contexto da Administração Pública. Trata-se da cultura do consensualismo que abordaremos a seguir.

### 3. CULTURA DO CONSENSUALISMO

Conforme destacamos, a cultura jurídica brasileira assimilou as características do neoconstitucionalismo, sobretudo os princípios e a ponderação, mas mantendo a cultura da sentença, especialmente nas demandas de caráter distributivo apesar da constitucionalização também poder influenciar o instrumentalismo: a dignidade constitucional do processo não autoriza a sua redução em mero instrumento do Estado.

Recentemente, a visão instrumentalista do processo vem cedendo espaço a um maior protagonismo das partes. Passa-se à visão de processo como comunidade de trabalho, sendo, neste cenário, a cooperação considerada o grande vetor a reger o papel judicial e a atitude das partes. (BRANCO, 2020, p. 55)

O novo Código de Processo Civil (CPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) é apontado como marco normativo nesta nova interpretação. Contudo, a “cultura da sentença” demanda tempo para ser substituída.

E a mesma polêmica que destacamos na judicialização das políticas públicas e regulatórias é retomada aqui no processo de constitucionalização do Direito Administrativo. Ao assumir o papel de norte interpretativo do ordenamento jurídico, o conteúdo constitucional vincula a administração pública, autorizando um controle jurisdicional mais intenso dos atos administrativos classificados como discricionários (OLIVEIRA, 2010).

Nessa linha, sobressai o princípio da juridicidade no lugar da legalidade: a administração não está vinculada apenas a regras previstas nas leis, mas também no próprio Direito, incluindo os princípios constitucionais.<sup>13</sup>

---

13 “A substituição da lei pela Constituição, portanto, reforça a ideia da força normativa da Constituição. A consagração da tese da força normativa dos princípios constitucionais, por vezes em conflito em uma sociedade pluralista, implica a necessidade de utilização da ponderação de interesses por parte da Administração Pública na sua atuação. Sendo a finalidade precípua da Administração a concretização da Constituição, a ponderação passa a ser uma ferramenta importante no processo de resolução de conflitos entre princípios.”(Oliveira, 2010, p. 76).

O princípio da juridicidade dá maior importância ao Direito como um todo, daí derivando a obrigação de se respeitar, inclusive, a noção de legitimidade do Direito. A atuação da Administração Pública deve nortear-se pela efetividade da Constituição e será pautada pelos parâmetros da legalidade e da legitimidade, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Ao invés de simples adequação da atuação administração a uma lei específica, exige-se a compatibilidade dessa atuação com o chamado “bloco de legalidade”. (OLIVEIRA, 2010, p. 74-5)

Para a doutrina do Administrativismo consensual, o “crescente consensualismo no exercício da atividade administrativa estaria relacionado a diversos fenômenos convergentes, dentre os quais a limitação da autoridade do Estado, a crescente abertura da atividade administrativa para a participação popular, a contratualização da atuação administrativa, o fortalecimento dos vetores de eficiência e economicidade administrativas e o reconhecimento do esgotamento / insuficiência dos mecanismos tradicionais de atuação administrativa. (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p.1)

A doutrina apresenta duas opções para a solução dos conflitos: a heterocomposição e autocomposição. A heterocomposição é quando um terceiro neutro e imparcial, não envolvido no conflito de interesses, determina quem tem razão no caso concreto. É o que acontece na decisão judicial e na arbitragem. Na autocomposição as próprias partes chegam à solução do conflito, com ou sem a participação de um terceiro (mediador ou conciliador).

A ideia da autocomposição prevista neste artigo está alinhada com a proposta norte-americana da Universidade de Harvard - Alternative Dispute Resolution (ADR) para identificar outros meios de solução de conflitos distintos do processo judicial.

Entre os particulares é uma forma mais célere, menos dispendiosa e mais eficiente para solução de controvérsias, desafogando o Judiciário, valorizando as partes, proporcionando uma oportunidade para “expor suas propostas e vão tentar chegar a um acordo para solucionar a demanda”. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 23)

Conforme já abordado, a mediação visa por meio do diálogo buscar a pacificação social. Além disso, busca valorizar as partes do conflito dando a elas autonomia e responsabilizando-as pela solução do litígio para que se sintam respeitadas e aprendam a lidar com os conflitos do dia a dia. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 24)

Importante destacar, entretanto, que a celebração de um acordo pode encerrar um processo judicial, mas não necessariamente o conflito. Isto porque o conflito é inerente à sociedade, faz parte do convívio social.

No contexto até aqui apresentado, o Relatório do Justiça em Números publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra a necessidade de envolvimento da Administração Pública na busca por soluções alternativas dos conflitos.

No relatório que apresenta dados do levantamento de 2020, a Justiça brasileira recebeu 25,8 milhões de novos processos, com 27,9 milhões de casos decididos e um estoque pendente de 75,4 milhões de processos. A Administração Pública é litigante contumaz (*repeat player*) nestes dados, violando o princípio da eficiência na medida em que a morosidade e alto custo dos processos envolve recursos tanto do Judiciário quanto do Executivo.

A Lei nº 13.140/2015<sup>14</sup> prevê a possibilidade de mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição nos casos em que uma parte é pessoa jurídica de direito público. Na mediação há a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder de decisão, escolhido ou aceito pelas partes que as auxilia e estimula a identificar e desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016).

A possibilidade de resolução consensuada de conflitos envolvendo a Administração Pública já é prevista em normas brasileiras, como a Lei nº 9. 469/1997 que autoriza os entes públicos a realizarem acordos ou

---

14 Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

transações para terminar litígios e termos de ajustamento de conduta para prevenir ou terminar litígios, além da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/ 2015) que incluiu autorização expressa à Administração Pública direta e indireta de utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis; e a Lei nº 13.140/ 2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

De todo o exposto, pode-se inferir que a administração pública transacional, firma acordos e termos de ajustamento de conduta – esses últimos como espécie do gênero acordo e em situações com interesse público primário presente (interesses da sociedade). Em sentido amplo pode-se afirmar que essas resoluções consensuais são precedidas de uma negociação, limitada, sem dúvida, em razão das prerrogativas dos entes públicos e pela própria supremacia do interesse público. Nada impede também que as tratativas com vistas à obtenção de um acordo sejam facilitadas por um conciliador, conforme características dessa modalidade já mencionadas. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 68)

A consensualidade no curso do processo administrativo flexibiliza a prerrogativa imperativa e unilateral da Administração Pública, mas ocorre muito mais em razão das exigências pragmáticas de governança no Direito Administrativo Sancionador. Esta área do Direito Administrativo ganhou maior relevância com o desenvolvimento dos marcos regulatórios e sancionatórios na esfera administrativa das agências. (OLIVEIRA; GROTTI, 2020)<sup>15</sup>

Essa perspectiva mais negocial e plurilateral adotada pela nova regulação deixou suas pegadas inclusive no exercício do poder sancionador pelos órgãos autônomos. Vista sob uma perspectiva mais instrumental, a atividade sancionatória vem se despidendo de seu caráter simbólico (a resposta necessária a um descumprimento da norma jurídica que representaria uma ameaça à própria autoridade

15 “Desde 1988, o Direito Administrativo Sancionador tem se reinventado sucessivamente ao longo do processo de constitucionalização e democratização inerente ao paradigma de Estado Democrático de Direito. Diversos fatores contribuem decisivamente para sua evolução, expansão, alteração e aperfeiçoamento no campo do direito administrativo: estudo aprofundado das infrações e sanções administrativas como atividade administrativa, análise do processo administrativo, aprofundamento do regime jurídico-administrativo sancionador na proteção de direitos e garantias fundamentais, desenvolvimento da regulação, desenvolvimento de campos específicos de potestades administrativas sancionadoras, necessidade de conformação do regime jurídico de atos sancionadores de Tribunais de Contas, expansão da improbidade administrativa, movimento internacional anticorrupção, introdução de teorias inspiradas no pragmatismo (consequencialismo e consensualismo).” (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 120-21)

regulatória) e adquirindo cada vez mais o papel único de meio para alcançar das pautas e finalidades de interesse coletivo.

Cresce então a possibilidade e a prática de se atingir a mesma finalidade por meio do abandono do processo sancionador e da aplicação de uma sanção em prol de compromissos de reparação dos danos, de alteração de comportamentos faltosos ou ainda de medidas compensatórias que tragam benefícios efetivos à coletividade.

Esses acordos substitutivos pressupõem (i) o abandono do procedimento sancionatório, entendido como o iter estabelecido pela norma jurídica de apuração da verdade com vistas à aplicação de uma sanção; (ii) o abandono da própria prerrogativa de punir em favor de providências mais efetivas para consecução do interesse público; ou ainda (iii) a renúncia parcial à aplicação de uma sanção, seja em natureza, seja ainda em volume (montante). (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 3)

Os acordos substitutivos mencionados na citação se enquadram nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)<sup>16</sup>, que para alguns autores trata-se de espécie do gênero acordo (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016), precedida de uma negociação, “limitada, sem dúvida, em razão das prerrogativas dos entes públicos e pela própria supremacia do interesse público”. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 68). Trata-se de uma ferramenta que tem o “objetivo de garantir a aderência dos agentes econômicos regulados aos valores e finalidades agasalhados pela regulação, nos casos em que a mera aplicação de sanção parece menos eficiente ou mais gravosa para atingir tal fim.” (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 9)<sup>17</sup>.

16 “Depreende-se que os TACs são instrumentos consensuais substitutivos ou suspensivos de composição de conflitos entre a Administração e, nos casos de procedimento administrativo sancionador, os infratores, com o fim de almejar interesses públicos específicos. Três são, portanto, as características desses acordos: (I) a consensualidade, inerente de qualquer acordo; (II) a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão; e (III) a finalidade pública, decorrente do interesse público específico.” (SADDY; GRECO, 2015, p. 171)

17 “Dessa forma, o TAC, pela via consensual, como forma de resolução de conflitos e realização do interesse público, mostra-se uma solução adequada à reversão imediata da sanção aplicada em medida benéfica para a sociedade, sendo um importante instrumento de composição de conflitos e regulação do setor, pois confere maior eficiência à coercividade estatal, de modo a possibilitar e assegurar a cessação da prática investigada com a reparação de seus efeitos lesivos, ainda que em potencial. Ademais, diminui o tempo necessário que o regulador leva para adequar a conduta à norma, aumenta a efetividade das decisões administrativas, reduz as chances de questões regulatórias serem transferidas para o Poder Judiciário e, por conseguinte, minorar os custos do enforcement e do órgão regulador em investigar práticas supostamente ilícitas.” (SADDY; GRECO, 2015, p. 200)

Diante do exposto, de uma cultura do consensualismo, analisaremos agora as dificuldades na sua efetivação. Isto porque os atores do campo jurídico ainda estão entre as duas culturas e o reconhecimento e validação da nova perpassa pelo contínuo exercício de convencimento por parte de atores que exercem o controle das políticas públicas, como Judiciário e Tribunal de Contas. A arbitragem no âmbito das agências regulatórias e as dificuldades encontradas para o reconhecimento de sua relevância demonstrarão os desafios que a consolidação da cultura do consensualismo ainda precisa vencer.

#### **4. DESAFIOS DO CONSENSUALISMO NAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS**

A função reguladora do Estado pode ser resumida como de controle de tarifas, fomento da competitividade, fiscalização do cumprimento do contrato de concessão, arbitramento dos conflitos etc. Para tanto, uma das características que mobiliza o investimento é um marco regulatório que diminua as incertezas em relação ao cumprimento dos contratos estabelecidos entre o Poder Público e a iniciativa privada, isto é, um ambiente institucional estável.

Nesse contexto, não é qualquer sistema judicial que serviria como um eficiente conjunto de mecanismos de freios e contrapesos no contexto da atividade regulatória. Somente um Judiciário forte e independente seria capaz de limitar o poder discricionário da administração. A força e a independência do sistema judicial dependem, por sua vez, de um bem estabelecido conjunto de regras e leis de direito administrativo e constitucional e de um legado histórico deixado por decisões judiciais em favor do respeito aos contratos, da chancela aos direitos de propriedade e da observância à tradição do Rule of Law (universalidade e imparcialidade na aplicação do direito estabelecido). (COSTA JR., 2006, p. 13)

A incerteza jurídica está presente no significativo índice de alteração de decisões administrativas durante o processo judicial (suspensão, anulação, confirmação). Quando o Judiciário modifica seu entendimento, até então prevalecente, sobre a decisão administrativa, diminui-se a previsibilidade sobre o modo de aplicação da norma regulatória, e, assim sendo, aumenta-se a incerteza jurídica. (MARANHÃO, et all, 2014)

As pesquisas conduzidas na área agregam outro elemento para a motivação da judicialização: há fortes indícios sugerindo que os interesses políticos de grupos de cada setor, combinados com características

institucionais das agências e de tribunais, influenciam quando e como as disputas regulatórias são levadas ao Judiciário (SILVA, COSTA JR, 2011; PRADO, 2016; MARANHÃO, et al, 2014). Alguns indicadores disso são: inclinação do juiz em decidir contra ou a favor da parte beneficiada pela política regulatória, como por exemplo na regulação de serviços públicos e a relação de consumo; nível de adesão dos juízes ao conteúdo da política regulatória vigente; legitimidade e a credibilidade da agência reguladora; dificuldade de compreensão sobre o papel das agências na composição de interesses públicos, privados e coletivos, reduzindo-os aos moldes do direito privado ou, então, refugiando-se em paradigmas do Direito Administrativo formalista; e falta de expertise técnica.

No contexto da judicialização das políticas regulatórias, este caminho ainda está sendo percorrido, mas, conforme analisado nos diferentes exemplos, é possível minimizar os impactos da “última decisão” por parte do Judiciário ou do Tribunal de Contas quando a autonomia do órgão regulador é minimamente respeitada – “núcleo duro intangível: a competência para disciplinar o respectivo setor da Economia, por meio da edição de regulamentos econômicos” (MOREIRA, 2014, p. 130).

As agências reguladoras brasileiras possuem um alto nível de insulamento burocrático e técnico – foram criadas para resguardar peculiaridades de cada setor, com garantias para a atração de investidores internos e externos preocupados com a segurança jurídica. Para tanto, a adoção de métodos de resolução de litígios céleres, técnicos e eficientes é indispensável para o equilíbrio dos partícipes dos setores. O Poder Judiciário, imerso em demandas, não consegue oferecer a prestação jurisdicional em tempo adequado, inclusive diante dos setores dinâmicos da economia envolvidos. (GUERRA, 2019)

Nesta linha de raciocínio, várias disposições legais e infralegais concedem a possibilidade das agências reguladoras dirimirem as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes, agentes e consumidores.<sup>18</sup> Em alguns textos há a previsão

---

18 Alguns exemplos: ANATEL e Lei nº 9.472/1997 cujo art. 19, XVII dispõe que a ANATEL detém competência para “compor administrativamente conflitos de interesse entre as prestadoras de serviço de telecomunicações”. A Lei nº 9.478/1997 estabelece que “o regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e arbitramento” (art 20). A Lei nº 9.427/1996 estabelece que a ANEEL tem competência para “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre as concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores” (art 3º V).

explícita do arbitramento como forma de resolução de litígios complexos e com repercussões econômicas relevantes.

Apesar de algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a utilização da Arbitragem envolvendo a Administração Pública, a “capacidade técnica dos árbitros, consensualidade de sua instituição, celeridade e informalidade no seu procedimento são algumas das principais características, e que podem resultar em uma decisão mais célere e adequada para a evolução dos setores da economia”. (GUERRA, 2019, p. 80)<sup>19</sup>

Contudo, subsistem controvérsias sobre a consensualidade e os princípios da Administração Pública. Nos itens elencados abaixo, é possível perceber a dicotomia entre premissas teóricas sobre o papel regulador e a consensualidade no âmbito do Direito Administrativo. Isto porque uma corrente pressupõe que as transformações na regulação correspondem “à perda gradual do caráter de precedência e de supremacia estatal nas relações sociais, em favor de uma postura mais negociada e mais mediadora em relação aos administrados”. (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 1)<sup>20</sup>

a) Princípio da Isonomia: “Nas controvérsias entre particular e pessoa jurídica do direito público, dentro do processo administrativo, não há isonomia entre as partes, considerando as prerrogativas do ente público”. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 69). Portanto, a melhor estratégia é a conciliação.

19 Não obstante a autonomia da vontade seja de um dos principais valores em torno dos quais se concebe a arbitragem contemporânea, sua abordagem em relação ao Poder Público, merece uma especial consideração. Em primeiro lugar, por não ser esta uma característica da maneira pela qual a Administração age, pois não é a autonomia da vontade que movimenta a Administração. Ao contrário, os impulsos que movem a administração pública são, como geralmente se aponta, o interesse público e a legalidade.

Por outro lado, o contrato administrativo não é um ato de plena autonomia da vontade sob a ótica do contratante particular. O vínculo contratual, no caso, estabelece-se por meio de um procedimento formal – a licitação – em bases competitivas. Em tal procedimento, a autonomia da vontade do particular, mostra-se presente apenas em seu interesse em participar, ou não, da licitação destinada à formação de determinado contrato. Não lhe é dado, no entanto, negociar as cláusulas contratuais, estabelecidas nos termos de um edital previamente divulgado.

Sendo assim, o estabelecimento da convenção de arbitragem no âmbito dos contratos administrativos deve conciliar as premissas desse meio de solução de controvérsias com os condicionantes próprios da administração pública, respeitando-se a alguns condicionamentos próprios do direito público na configuração do procedimento arbitral. (SALLES, 2021, p. 269)

20 “Esse crescente consensualismo no exercício da atividade administrativa estaria relacionado a diversos fenômenos convergentes, dentre os quais a limitação da autoridade do Estado, a crescente abertura da atividade administrativa para a participação popular, a contratualização da atuação administrativa, o fortalecimento dos vetores de eficiência e economicidade administrativas e o reconhecimento do esgotamento / insuficiência dos mecanismos tradicionais de atuação administrativa.”(MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 1)

O caput do art. 33, ao contrário do seu antecessor e da lógica estabelecida no artigo 1, autoriza a utilização da estratégia de mediação antes da criação das “câmaras de mediação”. Conforme demonstrado nos comentários ao artigo anterior, os conflitos envolvendo a administração pública possuem contornos próprios que impossibilitam o uso da mediação nos exatos moldes da Subseção I, da Seção III, do Capítulo I da Lei. O texto do artigo, portanto, ao usar a expressão “mediação” em vez de “autocomposição”, acabou por colidir com toda a teleologia apresentada no artigo anterior. Se não bastasse essas inconformidades, identifica-se, novamente, um descuido do legislador: o artigo 32 disciplina a criação de “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos” e não de “câmaras de mediação”, como constou no artigo 33. (SPLENGER; SPLENGER NETO, 2016, p. 72)

b) A indisponibilidade do interesse público: o art. 3 da Lei determina que “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Alguns alegam que o interesse público é indisponível e por isso não seria possível a mediação.

Contudo, a teoria da supremacia do interesse público tem sido revisitada diante dos novos paradigmas do Direito Administrativo<sup>21</sup>. Portanto, a questão da autocomposição na esfera da Administração Pública não está na indisponibilidade do direito, mas sim em identificar quando de fato há interesse público em jogo.

De modo geral, em relação aos conflitos que envolvam direitos indisponíveis, a liberdade das partes para escolher os termos do acordo deve-se limitar os parâmetros legais, sendo que tais balizas não retiram toda autonomia das partes. Isso porque o ordenamento jurídico, em regra, não esgota as diferentes possibilidades de garantia ou exercício do direito, viabilizando que convencie a melhor para cumprir os ditames legais. (ITSO, 2019, p. 62)

c) Sobre a arbitragem especificamente, a polêmica sobre a arbitrabilidade subjetiva e objetiva ainda persiste mas tem gradativamente sido solucionada. Sobre a arbitrabilidade subjetiva, que é a capacidade das partes submeterem seu litígio à arbitragem, a evolução legislativa não deixa dúvidas sobre a possibilidade das agências reguladoras firmarem

21 Binenbojm (2005) resume bem a necessidade de revisão do paradigma: “se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isso é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá?” (p. 30)

convenções arbitrais. No âmbito da arbitrabilidade objetiva há a necessidade de uma análise mais apurada do caso concreto, isto porque a questão reside na viabilidade jurídica da matéria em litígio ser submetida à arbitragem. Aqui registramos trecho da reflexão feita por GUERRA (2019):

Nesse contexto, as sanções que não podem ser questionadas pela via arbitral são aquelas relacionadas a verdadeiras infrações administrativas (e não meramente contratuais ou provenientes da relação contratual). De fato, nessas hipóteses, uma vez verificado o descumprimento da obrigação prevista em lei, caberá somente à agência reguladora apurar o fato, punindo o infrator, caso assim seja definido após a regular tramitação de procedimento administrativo.

Considerando que, nesse caso, há pleno exercício do poder de polícia pelo órgão regulador, não pode o tribunal arbitral substituir a agência reguladora para decidir sobre a sanção. De todo modo, faculta-se ao regulado discutir, no âmbito do poder judiciário, a legalidade da punição aplicada com base no do poder fiscalizatório das agências reguladoras. A inarbitrabilidade da matéria decorre, portanto, da impossibilidade de eventual sentença arbitral afastar, rever ou impor sanção administrativa prevista em lei, uma vez que se cuida de atribuição exclusiva das agências reguladoras, cuja revisão é facultada exclusivamente ao judiciário. (p. 88-90)

Apesar da controvérsia, inclusive com alguns precedentes do TCU no âmbito das agências reguladoras<sup>22</sup>, a maioria doutrinária e jurisprudencial

---

22 O Acórdão no 2.145/2013 que trata de pedido de reexame de decisão que proibiu a utilização arbitral pela empresa estatal Petrobrás afirma que: "(...) Veja-se que o custo das contratações não pode ser considerado baixo se há descumprimento do ordenamento jurídico, na verdade o custo real é o dito 'elevado' e não o minorado em face de desvios legais 29. Dessa forma, como os argumentos ora trazidos aos autos não são suficientes para modificar o encaminhamento anterior proferido, a decisão recorrida deve ser mantida em seus exatos termos." Sobre o caso, FONTOURA (2014) afirma que: "A cláusula arbitral questionada possuía a seguinte redação: '35.1.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem toda e qualquer controvérsia e/ou disputa entre as Partes oriunda ou relacionada ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.' Como se vê, não especificava previamente o que seria arbitrável em concreto, no entanto, o TCU decidiu analisar "se a resolução de controvérsias é passível de delegação a colegiados autônomos, como ora esboçado na Minuta do Contrato, em seu item 35.1.5 e 35.1.8", culminando na decisão de que todas as questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro não poderiam ser arbitradas, apresentando como se verá justificativas particulares para uma decisão generalista. Existe uma gama de possibilidades de discussão acerca do equilíbrio econômico de um contrato de concessão, que pode ser definido como "a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste". A despeito disso, a corte de contas elencou o ato de fixação de tarifas de serviços públicos como o exemplo de que todas as questões financeiras estavam fora do âmbito arbitral, embasando sua decisão em um único entendimento doutrinário, sem amparo de julgados das Cortes Superiores ou maiores considerações."(p. 474-5)

é favorável à arbitragem, desde que observado o caráter patrimonial e disponível do direito em litígio.<sup>23</sup>

d) A substituição da função sancionatória das Agências Reguladoras: “A função sancionatória é a prerrogativa atribuída à Agência de aplicar sanções diante do descumprimento dos preceitos decorrentes da vertente normativa da própria função regulatória.” (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 11). Contudo, não é um fim em si, mas um dos meios para evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica. A controvérsia reside na horizontalidade na relação negocial entre Administração Pública e administrado, mas a possibilidade de aplicação unilateral de sanções administrativas persiste. Entretanto, órgãos de controle, TCU e Judiciário, divergem sobre o “caminho da negociação” em detrimento do “percurso da imposição” (OLIVEIRA, 2010, p. 81).<sup>24</sup>

O juízo de proporcionalidade que envolve a atuação estatal punitiva deve ser entendido de maneira ampla suficiente para que compreenda, também, o sopesamento das medidas passíveis de serem adotadas pelo órgão regulador com vistas a atingir suas metas (ou o interesse público a ser tutelado).

Eis porque o abandono da aplicação da sanção deve ser necessariamente precedido do sopesamento das diversas alternativas colocadas à disposição do regulador para executar plenamente suas competências regulatórias, das quais a sancionatória não é senão uma das facetas. (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2011, p. 11)

---

23 “No julgamento do TC 003.499/2011-1, de relatoria do Conselheiro Raimundo Carreiro, igualmente negou a possibilidade da arbitragem, mas em questão de equilíbrio econômico-financeiro em um contrato administrativo. No voto, o relator apontou que entendia possível a arbitragem para no caso de rescisão contratual ser verificado o valor de indenização que a Administração teria que pagar para a empresa contratada. Mas com relação ao equilíbrio do contrato, tal já não seria possível, pois tratar-se-ia de direito indisponível. Data venia, não há justificativa legal, jurídica ou mesmo lógica para tal distinção. Em 2012, houve outro posicionamento no Acórdão 157/2012, relativo ao acompanhamento do 2o estágio de concessão dos Aeroportos Internacionais de Guarulhos, Campinas e Brasília, no qual o TCU acolheu a previsão de cláusula arbitral, desde que incida sobre direitos patrimoniais disponíveis, o que inclui o restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, não parece ainda possível reputar consolidada uma determinada orientação sobre o tema no âmbito do TCU.” (TONIN, 2016, p. 173)

24 “Com isso, a verticalização entre a Administração Pública e o particular nas relações contratualizadas é – em algumas hipóteses – fortemente atenuada ou mesmo afastada... Por via reflexa, vem surgindo um novo direito administrativo, mais participativo, fruto da gradual compatibilização da lógica da imposição e da unilateralidade com a lógica da negociação e da multilateralidade.” (OLIVEIRA, 2010, p. 81, grifos no original)

Portanto, o momento é de análise das possibilidades que busquem segurança jurídica mas também eficiência administrativa.

Como visto acima, as agências reguladoras podem valer-se do método arbitral para resolver seus litígios. Contudo, cuida-se de campo ainda pouco explorado pela doutrina, do que resulta certa insegurança jurídica aos partícipes do setor. Outro fato de insegurança é a multiplicidade de funções exercidas pelas agências reguladoras, que levam a diversos questionamentos a respeito das matérias passíveis de serem submetidas ao procedimento arbitral.

Nesse contexto, a criação de critérios mínimos para utilização da arbitragem nos contratos envolvendo as agências reguladoras – como aqueles aqui sugeridos – certamente contribuirá para o desenvolvimento desse sistema célere, eficaz e técnico como método de solução de litígios junto ao setor regulado, trazendo maior segurança jurídica aos seus partícipes. (GUERRA, 2019, p. 92)

Diante dos elementos expostos, é possível perceber que gradativamente a cultura do consensualismo está se consolidando a partir dos novos paradigmas do Direito Administrativo incorporados por intermédio do neoconstitucionalismo.

Nos termos do que aconteceu na judicialização das políticas públicas e regulatórias, a cultura jurídica e os atores do campo jurídico perceberam a necessidade de revisitar o papel do Direito na relação com políticas públicas e regulatórias. No lugar da “lógica da autoridade” o eixo do Direito Administrativo passa a ser orientado pela “lógica do consenso”(OLIVEIRA, 2010, p. 109)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das controvérsias sobre a efetivação da Lei da Mediação e características inerentes às relações jurídicas no Direito Administrativo, as possibilidades de solução adequadas para os conflitos com a Administração Pública são incentivadas, inclusive no âmbito de Estados e Municípios, com a celebração de convênio e instalação de Câmaras especializadas. Estas boas práticas representam os exemplos que apresentamos dos diálogos institucionais, mas ainda precisam de maior empenho, inclusive legislativo pois muitas não estão reguladas.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> “Apesar do consenso em relação aos benefícios da autocomposição no âmbito da Administração Pública e as inovações legislativas na tentativa de implementar a nova política de tratamento adequado de conflitos também no setor público, os textos legais não avançaram, em especial a Lei no 13.140/2015.” (ITSO, 2019, p.56)

Isto não significa que a consensualidade não tenha impactos ou desafios a serem superados porque impõe o ônus argumentativo para a autoridade administrativa – a motivação deverá ser suficiente e idônea para explicitar que os ganhos advindos da consensualidade superam os resultados de uma atuação sancionatória tradicional, unilateral e impositiva.

Assim, criar critérios mínimos perpassa pela consolidação de uma linha de pesquisa que “se volte à análise concreta da consensualidade no direito administrativo brasileiro, de modo que suas nuances, utilidade prática, potencialidade e seu ponto de atenção possam ser depreendidos por meio dos casos concretos em que tenham sido aplicados.” (PALMA, 2014, p. 239).

O presente artigo demonstrou, por intermédio de uma análise sociojurídica, que a cultura jurídica ainda não está consolidada sobre o consensualismo. A ênfase na solução dos conflitos pela via judicial ainda está impregnada nas práticas sociais, e o diálogo é mais conhecido a partir de boas práticas ou exemplos específicos, vários apontados no decorrer do trabalho.

Considerando a análise sociojurídica sobre a cultura de atores e instituições do campo jurídico é possível perceber o quanto a reprodução de práticas atreladas ao positivismo jurídico ainda permanecem e dificultam inovações na relação entre Direito e Políticas Públicas, especialmente quanto ao consensualismo.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. *Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 17 de janeiro de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015.

BRASIL. Lei nº 9. 469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1997.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2015.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2021*. Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n. 31*, de 31 de março de 2010.

Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

FONTOURA, Carolina Leite Amaral. As decisões sobre o uso da arbitragem pelo Estado, proferidas pelo Tribunal de Contas da União, sob a perspectiva institucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2014, v.6, n. 11, jul.-dez. p. 459-485.

GUERRA, Luis Roberto Sigaud Cordeiro. As agências reguladoras e a arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais. São Paulo, *RDDA*, v. 6, n. 2, p. 71-94, 2019.

ITSO, Landigione. *Conciliação Judicial no Âmbito da Administração Pública*: estudo de caso sobre os obstáculos à autocomposição judicial na 2ª Vara da Fazenda Pública de Joinville nas demandas envolvendo o Município de Joinville (Santa Catarina), no período de maio/2017 a abril/2019. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.

JACOMINI, Alessandro; FERRI, Carlos Alberto. Políticas Públicas como incentivo à solução de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte. N. 42, p. 353-365, set/dez 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-22.pdf>>. Acesso em: jan 2022.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Através do espelho: ensaios de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/140/1/Universidade%20de%20S%20c3%a3o%20Paulo%20-%20USP.pdf> Acesso em: 5 de agosto de 2021.

MARQUES NETO; Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-27-AGOSTO-2011-FLORIANO-AZEVEDO-TATIANA-MATIELLO.pdf>>. Acesso em janeiro 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Int. Públ.*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org) *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186-239.

PRADO, Mariana Mota (org) *O Judiciário e o Estado Regulador brasileiro*. São Paulo; FVG, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf> Acesso em: 5 de agosto de 2021

ROMERO, Luiz Carlos. Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal. *Textos para discussão 41*. Brasília, Interlegis, maio/2008.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun. 2015

SALLES, Carlos Alberto de *et al* (coord). *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem*: curso de métodos adequados de solução de controvérsias 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, R. S; COSTA JR, A.P.S.. Judiciário e política regulatória: instituições e preferências sob a ótica dos custos de transação. *Revista de Economia Política*, v. 31, n. 4, p. 659-679, out/dez 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (org). *Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion (org.) *As múltiplas portas do conflito e as políticas públicas para o seu tratamento*. Curitiba: Multideia, 2016.

TONIN, Maurício Morais. Solução de controvérsias e Poder Público: negociação e arbitragem. Tese apresentada Universidade de São Paulo. *Programa de Doutorado em Direito*. São Paulo, 2016.

VILLEGAS, Maurício García. *Sociología y crítica del derecho*. México: Fontamara, 2010.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, M.Z.; YARSHELL, F.L. (coord). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPI Ed., 2005, [s.n.]