

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

WAGNER BARBOSA PAMPLONA

**O ESTADO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E O CONTROLE JUDICIAL
DE SUA FUNÇÃO REGULATÓRIA: UMA ANÁLISE SOBRE A DECISÃO
REGULATÓRIA JUDICIALIZADA E A POSSIBILIDADE DE
CONSENSUALIZAÇÃO**

BRASÍLIA – DF
2021

WAGNER BARBOSA PAMPLONA

**O ESTADO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E O CONTROLE JUDICIAL
DE SUA FUNÇÃO REGULATÓRIA: UMA ANÁLISE SOBRE A DECISÃO
REGULATÓRIA JUDICIALIZADA E A POSSIBILIDADE DE
CONSENSUALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Profissional em Direito, como parte do requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Linha de pesquisa: Direito Administrativo Contemporâneo: Estado e Mercado

Orientadora: Profa. Dra. Mônica Sapucaia Machado

BRASÍLIA – DF
2021

FICHA CATALOGRÁFICA

FOLHA DE APROVAÇÃO

WAGNER BARBOSA PAMPLONA

O ESTADO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E O CONTROLE JUDICIAL DE SUA FUNÇÃO REGULATÓRIA: UMA ANÁLISE SOBRE A DECISÃO REGULATÓRIA JUDICIALIZADA E A POSSIBILIDADE DE CONSENSUALIZAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Escola de Direito e Administração Pública (IDP), sob a orientação da Profa. Dra. Mônica Sapucaia Machado, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento.

Brasília, 16 de dezembro de 2021.

Banca Examinadora

Profa. Dra. Mônica Sapucaia Machado (IDP-DF)
Orientadora

Prof. Dr. Carlos Vinícius Alves Ribeiro (IDP-DF)
Examinador

Profa. Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin (Mackenzie)
Examinadora

Agradeço ao Universo por me acolher. Às pessoas que estiveram, estão e estarão comigo nos caminhos da minha jornada. Às flores especiais brotadas no jardim da minha vida, Jade e Lucca. À Giuliana por, também, estar regando essas flores. Gratidão.

RESUMO

Do atual Estado administrativo constitucionalizado, ampliado em sua funcionalidade e competências, destaca-se sua face de Estado regulador cujas especificidades e atribuições de alta tecnicidade complexa geram escolhas administrativas, também complexas, dotadas de efeitos amplos diretos e indiretos na esfera pública e privada. No controle judicial de suas escolhas administrativas de intervenção e regulação econômica, identificam-se a deferência judicial, as limitações técnicas do controle judicial e a morosidade para o desfecho final decisório, o que gera incerteza jurídica e ineficiência no acesso à justiça com prejuízos para o interesse público. Nesse cenário contextual, a utilização da consensualização se habilita como meio adequado mais ágil para solução do conflito, até porque se verifica intensa deferência judicial que acaba por confirmar a maioria das decisões regulatórias administrativas sob o principal argumento de sua complexidade técnica. Entretanto, embora a consensualização nessa situação de conflito tenha justificativas consideráveis para sua utilização, desde a de sua legalidade na concepção da juridicidade unitária até a defesa de se constituir em instrumento adequado para o acesso à ordem jurídica, sendo possível garantir a segurança jurídica com maior celeridade, apresentam-se algumas dificuldades como sua procedimentalização no âmbito do controle judicial, ainda incipiente e vacilante. Diante disso, o presente estudo consiste em verificar a possibilidade de se adotar a consensualização na judicialização das escolhas administrativas regulatórias de intervenção e regulação econômica trazendo alguns elementos referenciais para sua necessária procedimentalização.

Palavras-chave: Estado Administrativo regulador. Controle judicial. Consensualização. Procedimentalização.

ABSTRACT

From the current constitutionalized administrative State, expanded in its functionality and competences, it stands out as a regulatory State whose specificities and highly complex attributions generate administrative choices, also complex, endowed with broad direct and indirect effects in the public and private sphere. In the judicial control of their administrative choices of economic intervention and regulation, judicial deference, the technical limitations of judicial control and the delay in reaching the final decision are identified, which generates legal uncertainty and inefficiency in accessing justice, with damage to the public interest. In this contextual scenario, the use of consensual is qualified as a more agile and adequate means to resolve the conflict, not least because there is intense judicial deference that ends up confirming most administrative regulatory decisions under the main argument of its technical complexity. However, although the consensus in this conflict situation has considerable justifications for its use, from its legality in the conception of unitary legality to the defense of being an adequate instrument for access to the legal order, being possible to guarantee legal certainty with greater speed, there are some difficulties such as its procedure within the scope of judicial control, which is still incipient and faltering. Therefore, the present study consists of verifying the possibility of adopting the consensus in the judicialization of regulatory administrative choices of intervention and economic regulation, carrying some referential elements for its necessary proceduralization.

Keywords: Regulatory Administrative State. Judicial control. Consensus. Proceduralization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Agenersa	Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
AGU	Advocacia-Geral da União
AIR	Análise de Impacto Regulatório
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 Transportes Terrestres
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CCMA	Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DSD	Desenho de Sistemas de Disputas
EAGU	Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal
EC	Emenda Constitucional
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MARE	Ministério da Administração e Reforma do Estado
NAJ	Núcleo de Assessoramento Jurídico
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PNRH	Política Nacional de Recursos Hídricos
SFH	Sistema Financeiro de Habitação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TRF-1	Tribunal Regional Federal Primeira Região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	CARACTERÍSTICAS DO ESTADO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E FUNDAMENTOS PARA CONSENSUALIZAÇÃO	10
2.1	O atual Estado administrativo ampliado em suas funções: diálogo multifuncional complexo em busca de eficiência e resultados	10
2.2	Aspectos relevantes e fundamentos para consensualização na administração pública.....	18
2.3	Princípios da administração pública relevantes, suas influências como fundamentos e fontes de divergências para consensualização	30
3	O ESTADO ADMINISTRATIVO REGULADOR CONCERTATIVO CONSENSUAL.....	44
3.1	O Estado administrativo regulador complexo e o diálogo com a consensualização.....	44
3.2	A experiência administrativa do Estado regulador com a utilização de métodos deconsensualização: uma análise parcial da Resolução ANTT nº5.845/2019 ...	53
4	A ESCOLHA ADMINISTRATIVA REGULATÓRIA JUDICIALIZADA E A POSSÍVEL PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUALIZADA	59
4.1	A discricionariiedade administrativa regulatória judicializada e alguns instrumentospara a solução mais democratizada	59
4.2	A deferência, as limitações técnicas e a morosidade no controle judicial das decisões administrativas regulatórias: alternativa da consensualização	68
4.3	Alguns desafios para procedimentalização da consensualização no controle judicial da decisão regulatória: procedimento, função dos atores, eficiência e segurança jurídica.....	77
5	CONCLUSÃO	91
	REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

O cenário sobre o qual se faz esta investigação tem como ponto de partida a identificação de um contemporâneo Estado administrativo multifuncional, ampliado em suas atribuições e com caráter multifacetado, dele se exigindo efetividade em suas atribuições, sob a égide de um regime de Estado constitucional democrático plural.

No contexto do Estado administrativo constitucionalizado, multifacetário em sua funcionalidade e suas competências, destaca-se sua face de Estado regulador com especificidades, atribuições e competências de alta técnica complexa, gerando escolhas administrativas de natureza interventiva econômica, também complexas, de efeitos amplos na esfera pública e privada, que devem estar sintonizadas com a realização dos direitos fundamentais.

Assim, as decisões administrativas regulatórias de intervenção na atividade econômica exigem complexo procedimento interno lógico, plural e participativo, sendo incontroverso que se sujeitam à sindicabilidade judicial. Porém, no controle judicial, se identificam a recorrente ineficiência e incerteza jurídica, seja por decisões judiciais que suspendem a execução da decisão regulatória com múltiplas alterações em seu *status* no curso processual, seja por decisões judiciais que reduzem, ampliam ou anulam a essência do conteúdo regulatório, acrescentando a realidade da morosidade para prestação jurisdicional definitiva.

Nesse ambiente contextual, a presente pesquisa dissertativa apresenta como proposta e objetivo geral investigar a judicialização do atual Estado administrativo regulatório, sob a perspectiva de se analisar a possibilidade da procedimentalização da consensualização no seu controle judicial de decisões regulatórias de intervenção na atividade econômica, no contexto em que se exige do Estado administrativo resultados concretos, previsíveis, estáveis e eficientes. A partir desse norte, a pergunta que se pretende responder é se, no controle judicial das escolhas administrativas regulatórias da atividade econômica que impõe direitos e deveres de alta técnica e complexidade, poderá ser adotado um procedimento específico de consensualização como instrumento de solução do conflito com maior eficiência, celeridade e segurança jurídica?

Dois problemas centrais inter-relacionados e determinantes se apresentam para se obter respostas nesta situação de judicialização das escolhas administrativas regulatórias de intervenção econômica complexas: 1) Se o instrumento da consensualização poderia ser utilizado como caminho de solução do conflito regulatório judicializado; 2) Identificada a

possibilidade da consensualização, se seria possível a sua específica procedimentalização com garantia da eficiência, celeridade e segurança jurídica.

A opção pelo tema de estudo se justifica pela necessidade de estimular a busca e a identificação de algumas referências úteis e adequadas para contribuir com a solução de conflitos judiciais regulatórios no contexto específico das escolhas de intervenção econômica, estudando e investigando outras alternativas de acesso à ordem jurídica justa, como a consensualização, que possam garantir celeridade, eficiência e segurança jurídica sem que isso signifique excluir a clássica adjudicação judicial.

Para tratar do assunto proposto, esta dissertação foi dividida em cinco capítulos, sendo três de desenvolvimento. Após esta seção introdutória, houve a necessidade metodológica de, no segundo capítulo, intitulado “Características do Estado administrativo contemporâneo e fundamentos para a consensualização”, proceder reflexões gerais sobre as características do Estado administrativo contemporâneo para apresentar uma fotografia panorâmica da sua atual feição multifuncional e complexa em evolutiva modelagem, estimulada pela constitucionalização e pelo conjunto das atuais exigências/necessidades da sociedade, no qual se estudará os fundamentos e os principais aspectos relevantes para consensualização nas relações desse Estado administrativo.

O terceiro capítulo, com o título “O Estado administrativo regulador e o diálogo com a consensualização”, tem como objetivo proporcionar uma visão mais específica do Estado administrativo, inicialmente desenhado no segundo capítulo, buscando localizar e extrair sua feição regulatória, em diálogo com a consensualização, para entender melhor sua complexidade decisória de intervenção na esfera econômica, bem como fazer reflexões sobre a normatização procedimental de métodos de consensualização pelo Estado regulador como política alternativa decisória interna e meio de solução de conflitos administrativos, já com o intuito de provocar inspirações para a procedimentalização no controle judicial regulatório.

No quarto capítulo, intitulado “A escolha regulatória administrativa judicializada e a possível procedimentalização da consensualização”, se procurou pesquisar a discricionariedade administrativa regulatória sob o controle judicial, destacando alguns fatores que podem influenciar o resultado decisório controlador como a deferência judicial, as limitações técnicas e a morosidade no controle judicial, tendo o objetivo de coletar elementos referenciais que possam contribuir com a verificação da possibilidade de construção de um procedimento para consensualização no conflito judicial regulatório.

2 CARACTERÍSTICAS DO ESTADO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E FUNDAMENTOS PARA CONSENSUALIZAÇÃO

2.1 O atual Estado administrativo ampliado em suas funções: diálogo multifuncional complexo em busca de eficiência e resultados

Em um processo evolutivo transformador, mais visível e contundente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), o “Direito Administrativo em evolução”, expressão emprestada de Odete Medauar, passa a fundamentar uma nova feição para o Estado administrativo. Desenha-se, então, um processo de estímulos originados reciprocamente tanto do conteúdo normativo e principiológico constitucional quanto de uma sociedade em franca evolução da diversidade, legitimidade participativa, complexidade e natureza de suas exigências-necessidades a serem satisfeitas pela atividade estatal em uma espécie de retroalimentação estimuladora (e dialógica entre Estado e sociedade) para a modelagem de um Estado administrativo mais voltado aos resultados com eficiência.

O fenômeno da constitucionalização como modelador do Estado administrativo contemporâneo é resultado, especialmente, dos movimentos constitucionais inglês, americano e francês. Nas palavras de Streck (2019, p. 363-364):

[...] é desses movimentos constitucionais que nasce o constitucionalismo, que se tornou crucial para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como para traçar os marcos da atividade estatal, não só pela limitação dos seus poderes comotambém pela divisão de suas funções.

Mais adiante, dimensionando o constitucionalismo e sua relação com os direitos fundamentais protegidos pelo Estado Democrático de Direito, o autor afirma que a Constituição vai além de

[...] limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais. (STRECK, 2019, p. 364).

Esse contexto evolutivo dos direitos fundamentais é resultado da constitucionalização do Direito Administrativo estrangeiro e nacional, com influências diretas no que se qualifica e se identifica, atualmente, como a boa administração atrelada à ideia de eficiência e resultados. Situando o alcance e o significado desse processo, Barroso (2020, p. 334-335) associa o fenômeno a “[...] um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico.” Assim, conclui: “[...] os

valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.” Isso repercute decisivamente na atuação e na função dos três poderes, bem como na extensão e no conteúdo das relações entre o Estado e a sociedade, e entre os entes de natureza privada. É de se ressaltar que a constitucionalização referida já traz mecanismos que viabilizam sua aplicação e seu cumprimento prático, conferindo ao legislador e ao Estado administrativo instrumentos de realização de deveres positivos e negativos.

No Direito Administrativo, a constitucionalização implica mudança da própria feição e finalidade do Estado administrativo, pois “[...] mais decisivo que tudo para a constitucionalização do Direito Administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico [...]” (BARROSO, 2020, p. 353), contexto que alimenta alterações, revisões e redimensionamentos na estrutura finalística e funcional do Estado administrativo para dar efetividade no conteúdo e nos comandos externados de tais princípios constitucionais.

Não poderia deixar de mencionar, aqui, que a base fundamental de tal evolução está assentada, inicialmente ou preponderantemente, na concepção do Estado de Direito, como lembra Medauar (2017, p. 12), ao afirmar que é “[...] frequente, na doutrina publicista, se apresentar a vinculação do surgimento do direito administrativo ao Estado de Direito”. Isso porque é na efetividade e na vigência do Estado de Direito que emerge um ambiente receptivo e protetivo, que acolhe as transformações tecidas e experienciadas na realidade da conjuntura social, que passam a ser reguladas, além de estimuladas e fundamentadas, pela constitucionalização e conseqüente consolidação da eficácia e exigibilidade individual e coletiva dos direitos fundamentais, claro, e assim se espera, a serem concretizados por uma boa administração pública eficiente.

Abrindo um breve parêntese, importa mencionar que, no decorrer desta dissertação, há reiteradas referências à expressão “boa administração pública”, pela relação direta com seu objeto. Assim, é fundamental lançar algumas assertivas gerais para melhor situar sua importância e o alcance para esta pesquisa, até porque, já se antecipa, nuclear fundamento justificador para consensualização na administração pública, primeiramente, pontuando que a efetiva identificação da boa administração pública é exigência constitucional, constituindo-se direito fundamental.

Nas palavras de Freitas (2014, p. 21), o direito à boa administração pública se refere ao “[...] direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade

e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade omissivas e comissivas [...]”, o que implica, como consequência desse dever, a obrigação de total vinculação do Estado administrativo aos princípios constitucionais em um contexto de ordem jurídica unitária. O autor defende que, para caracterização da boa administração, é preciso identificar um plexo de direitos, princípios e normas, tais como o direito à administração pública transparente, o direito à administração pública sustentável, o direito à administração pública dialógica, o direito à administração pública imparcial, o direito à administração pública proba, o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz, lembrando que não se estancam apenas nesses direitos. Em resumo, “[...] as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social da moralidade e da plena responsabilidade” (FREITAS, 2014, p. 23).

O certo é que o Estado de Direito, condição fundamental para uma boa administração pública, hoje se reveste de uma concepção mais ampla, inserida na ideia de Estado Democrático de Direito, a qual absorve as evoluções da componente democrática e a modernização da ideia de direito. Correia (2016, p. 50), refletindo diretamente na modelagem e finalidade do atual Estado administrativo, lembra que ele está assentado na seguinte ideia: “[...] porque o Estado é de direito, os órgãos da administração devem respeitar e promover na parte que lhe cumpre os direitos fundamentais e outros direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos [...]”, aí residindo os nortes balizadores para uma efetiva boa administração.

Esse Estado de Direito, hoje apresentado em uma concepção evolutiva como Estado Democrático de Direito, delineia-se como um exercício de liberdade positiva, como bem esclarece Canotilho (2003, p. 99, grifo do autor): “No Estado de Direito concebe-se a liberdade como liberdade negativa, ou seja, uma ‘liberdade de defesa’ ou de ‘distanciação’ perante o Estado”, desse modo, “Ao Estado democrático estaria inerente a liberdade positiva, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder”, pois, em seus dizeres, “[...] é a liberdade democrática que legitima o poder.”

Nesse contexto explicitado, constata-se que o Estado constitucional se estabelece em um Estado Democrático de Direito norteado pela Constituição, a qual, nas reflexões feitas por Barroso (2020, p. 102), “[...] compete veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático [...]”, não podendo a ocasionalidade de natureza política refrear ou limitar essa função, sendo evidente que esses consensos se referem à proteção de direitos fundamentais, à separação de poderes e “[...] [à] fixação de

determinados fins de natureza política ou valorativa.” Além disso, cabe também à Constituição garantir o “espaço próprio do pluralismo político”, viabilizando a democracia.

Falar no Estado administrativo contemporâneo, em sua concepção e vertente de Estado realizador de resultados, é fundamental para compreensão sistêmica justificadora da consensualização como política pública de Estado. A ampliação do plexo de atribuições do Estado administrativo, por força da constitucionalização que exige resultados efetivos de sua atuação, hoje mais ampliada, abriu espaço para outros métodos de concretização das funções estatais, como a consensualização, que surge como um meio de contribuir com a construção dos resultados.

Por isso, é necessário se referir à ampliação da função institucional do Estado administrativo, o que enseja algumas reflexões para compreender melhor paradigmas impostos pela realidade contemporânea, relacional e dialógica, na junção Constituição/Estado/sociedade, e dela extrair consonâncias e dissonâncias que se constituem em terreno fértil para colaborar com as construções de soluções de problemas, no contexto da exigibilidade da eficiência e efetividade funcional estatal, em seu compromisso realizador constitucional, o que inclui a possibilidade da concertação administrativa e judicial, tema central desta pesquisa.

Correia (2016), ao abordar o que denominou de “seis grandes traços do direito administrativo no século XXI”, chama a atenção para uma administração pública inserida no contexto de responsabilização democrática, que perfila como grande traço do Direito Administrativo atualmente: a “recomposição dos perfis da função administrativa”. Nessa recomposição, é possível identificar a consensualização (um caráter ampliativo e alternativo adicional do Estado administrativo) como um dos instrumentos para construção de bons resultados na administração pública.

Ao traçar a fotografia de um ambiente apropriado para ampliação das funções do Estado administrativo, fazendo referência à constitucionalização como linha central e irradiante, o autor destaca a multiplicação de princípios estruturantes da “Constituição Administrativa”, com tendência de abranger diversos outros superprincípios que também podem se decompor em diversos outros, a exemplo do princípio da boa administração, como resultado da necessária reforma e mudança, passando por referências ao Estado Democrático de Direito, com papel matricial mantido, mas renovado por sua mais atual componente democrática.

Limitando-se, neste capítulo, apenas à contextualização do atual Estado administrativo, em seu ideal de ente realizador, ampliado em competências e atribuições que perseguem a eficiência, cita-se Jordão (2016), que chega à conclusão de que a administração pública pós-moderna se encontra em um avançado estágio de complexidade, o que implica profundas

alterações nas funções e na estrutura do Estado administrativo, materialmente e institucionalmente. A realidade descrita pelo autor impôs modificações nas competências, tanto em conteúdo quanto na legitimidade, passando do legislador para o poder administrativo. Sendo assim, “Estas delegações aumentam a responsabilidade da administração, que passa a decidir cotidianamente questões relevantes, com implicações jurídicas, políticas e técnicas bastante significativas” (JORDÃO, 2016, p. 34), configurando, assim, uma assunção pelo Estado administrativo de diversas e novas múltiplas funções.

Institucionalmente, é possível identificar um movimento de descentralização e pluralidade de células decisórias que afasta esse Estado administrativo da clássica ideia de Estado unitário. Verbera o autor que “A ilustração mais evidente advém da proliferação das chamadas autoridades administrativas independentes” (JORDÃO, 2016, p. 34), como, por exemplo, as competências das autoridades regulatórias com sua complexidade e especificidade próprias, como tecnicidade qualificada, recursos financeiros, organização estrutural e de pessoal, entre outros aspectos e fatores.

Falar em ampliação da função institucional do Estado administrativo implica enriquecer referências a fatores, elementos ou fenômenos como a ampliação da compreensão da dignidade humana, bem como o diálogo entre Direito Administrativo e Direito Privado, especialmente com o Direito Civil e Econômico. É também atentar para administração procedimentalizada (evolução do ato para o procedimento administrativo), o Estado sistêmico tecnológico e de rede, o Estado gerencial de resultados, a multipolaridade administrativa, o Estado infraestrutural e garantista regulador, a administração concertante e o pluralismo jurídico como fatores e vertentes complexos intercomunicantes e determinantes para ampliação e multiplicação das facetas do Estado administrativo, o que reflete diretamente na qualidade e na intensidade da sua efetividade e eficiência funcional e, conseqüentemente, na sua qualificação como “boa administração”.

São esses fatores que vão influenciar diretamente nas soluções dos conflitos, em suas atividades e na própria construção de decisões e políticas públicas, o que evidencia a possibilidade de métodos concertativos administrativos e judiciais fluidos no atual ambiente. Atento a esse perfil do Estado administrativo que se desenha por uma nova perspectiva mais funcional, Marques Neto (2002, p. 13-29, grifo do autor) defende que:

[...] ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de ‘mediador ativo’ de interesses.

Nessa sintonia de reflexões, Medauar (2017, p. 387), dando sinais de constatar a ampliação funcional estatal que exige mais criatividade e meios instrumentais para soluções pelo Direito Administrativo e, portanto, pela administração pública, verbera: “[...] o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas.” Dessa forma, vê-se que:

[...] o direito administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança. A transformação sócio-política é propícia a mudança de conteúdo e de forma do direito administrativo para que se torne mais acessível nos seus enunciados, para que traduza vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade, para priorizar o administrado, isolado ou em grupos, e não a autoridade. (MEDAUAR, 2017, p. 388).

Assim, complementando sua reflexão, a autora compreende que o Direito Administrativo possui o desafio de fundamentar e viabilizar a instrumentalidade realizadora do Estado administrativo nesse contexto social de evolução e mudanças, em que se exige as prestações positivas estatais na permanente dialógica Estado e sociedade, o que permite justificar a concreta possibilidade do Estado administrativo se instrumentalizar, em dado momento e em situação específica, por meio de métodos de consensualização, na busca de resultados eficientes.

Induvidosamente, essas assertivas tratam de uma válida e real vertente do atual Estado administrativo, mas alia-se a essa ideia de um Estado administrativo que exige dinâmicas e contínuas inovações em suas funções. Essas funções, além das prestacionais tradicionais, hoje são externadas por suas atividades garantistas/regulatórias/informativas e por suas relações diretas com a sociedade, que, de forma cooperativa ou subsidiária, passa a exercer atividades de modo multilateral para dar efetividade ao objetivo social constitucional, antes tipicamente unilateral e exclusivo de competência do Estado-administração. Hoje se exige mais diálogo entre o Estado administrativo multifuncional e o Direito Administrativo contemporâneo para que se viabilize sua efetividade e eficiência.

Aliás, sobre a questão da ampliação funcional estatal, Comparato (2010, p. 151-152, 154), em 1986, já chamava a atenção para esse aspecto quando afirmou: “[...] parece adequado e importante refletir sobre o descompasso existente entre a nova concepção das funções do Estado e a vigente estrutura do sistema constitucional”, logo, “[...] importa começar por entender com clareza em que consistem essas novas funções estatais e qual o grau de novidade

que oferecem.” Assim, o autor acaba dando sinais da direção que já se sinalizava para o Estado administrativo quando professa que o Estado não mais possui como finalidade a proteção da conservação, tendo como alvo, também, a proteção da transformação da sociedade. Nesse sentido, o sistema jurídico passa a ter como concepção tendencial se estruturar e se organizar em função da concretização de políticas públicas que retratem as exigências da sociedade.

Na mesma linha de compreensão, Bitencourt Neto (2017, p. 208) lembra que a administração pública com caráter prestador e constitutivo, que se consolidou em meados do século XX, em especial, na Europa continental, vem sendo alterada, ou convive e se funde com uma administração reguladora e de garantia, preservando suas próprias características e natureza específicas. Isso significa que têm ocorrido “transformações na administração pública do Estado de Direito democrático e social”, em sua organicidade e funcionalidade, sendo possível vislumbrar não uma substituição de um Estado antigo por um novo Estado, mas a ocorrência de um processo contínuo e evolutivo de mesclagem e fusão de perfis em ampliação intercomplementar e dialógica.

Desenha-se, então, um ambiente fértil e propício para criação de meios, métodos e procedimentos administrativos, e mesmo judiciais, como caminhos alternativos para o cumprimento funcional de atribuições e competências do Estado administrativo, que continua com sua obrigação de garantir o bem-estar social, previsto na Constituição Federal (1988). Mas, pela multiplicação do plexo de suas obrigações e deveres, torna-se evidente a necessidade da construção de meios para contribuir com sua efetiva eficiência no cumprimento dos seus deveres, impulsionando uma flexibilização da clássica unilateralidade arbitrária nas ações estatais em direção a uma maior aproximação com o destinatário de seus atos, a sociedade, ampliando o diálogo e a possibilidade de consensualização tanto administrativa quanto judicial.

Também se constata que, além de sua natureza prestacional tipicamente social, o Estado administrativo passa, também, a exercer função garantidora ou reguladora, com uma face de fomento e informação, sendo possível verificar, nos últimos tempos, um Estado administrativo que adota diferentes modelagens contratuais e de parcerias com a iniciativa privada nacional, transnacional ou mista, bem como regulações para o cumprimento dos direitos fundamentais constitucionais. Nessa toada, assiste-se à edição de regras concertativas específicas por quase todos os entes reguladores.

Diante do exposto até o momento, é fundamental destacar a administração procedimental, frisando que diversos autores preferem se referir à administração processualizada, traço marcadamente acentuado no atual Estado administrativo, pois se torna exigível e necessário um ambiente formal, dinâmico, subordinado a diversos princípios, onde

agem, decidem e se constroem políticas públicas, ampliado em suas funções, conforme aqui contextualizado. Isto porque, para analisar a possibilidade de utilização da consensualização na judicialização da decisão complexa regulatória de intervenção econômica proposta neste trabalho, é essencial refletir sobre o processo administrativo, por ser meio da construção da decisão complexa regulatória e base referencial para refletir sobre o procedimento a ser adotado na instância judicial para viabilização da consensualização, tema de reflexões no capítulo final.

O procedimento administrativo se consolida na administração pública, eminentemente procedimental e processualizada, como instrumento sequencial de ocorrências e acontecimentos que constroem/motivam decisões e escolhas administrativas de forma concatenada, “[...] racional, aberta, participativa e com meios de sopesamento dos distintos valores e interesses em jogo” (BITENCOURT NETO, 2017, p. 212). Assim, o Estado administrativo, em sua multiplicidade funcional, manifesta-se no processo formal em que opera sua função garantidora dos interesses privados e de deveres aos quais devem se subordinar a administração pública, tendo como medida e parâmetro a imparcialidade, a legalidade, a efetividade, a eficiência, acrescentando a transparência participativa democrática e a segurança jurídica.

Sobre esse tema, Medauar (2017, p. 288-289) diz que atualmente:

[...] o processo administrativo configura não apenas 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.

A autora completa afirmando haver uma contribuição do processo administrativo para que as escolhas administrativas adquiram maior intensidade em objetividade, e é nesse ambiente instrumental que se revela o Estado administrativo contemporâneo ampliado em suas funções, complexo e multifacetário, processualizado, que pode viabilizar transparência, participação democrática e soluções eficientes demandadas pelo interesse da sociedade.

Ao tratar da importância do procedimento administrativo na realização funcional da administração pública, Correia (2016, p. 45-66) afirma que é característica do Direito Administrativo atual a “centralidade da perspectiva procedimental”, que se constitui em um instrumento dinâmico ou em uma “forma do exercício da função administrativa”. Isso possibilita identificar uma interação interdisciplinar e uma forma de conexão colaborativa ou cooperativa de diversos departamentos, setores e órgãos públicos, para fundamentar e motivar decisões e escolhas administrativas complexas como instrumento participativo e democrático.

Nas palavras do autor, o procedimento administrativo “[...] constitui matriz ideal para a realização das operações de ponderação no exercício da discricionariedade administrativa, assegurando os meios e as ocasiões ritualizadas para a detecção dos fatores relevantes presentes na situação concreta” (CORREIA, 2016, p. 57). É nesse campo procedimentalizado racional que o Estado administrativo, ampliado em suas atribuições, realiza sua multifuncionalidade, constrói decisões e executa soluções. Nessa dimensão, até aqui referida e descrita, situa-se a ampliação das atividades funcionais do Estado administrativo contemporâneo, que também concede um espaço nessa sua dinâmica para concertação administrativa e judicial como instrumento de potencialização efetiva e eficiente dos resultados da atividade administrativa, conhecida como consensualização administrativa e judicial.

De forma sintética, identifica-se o fenômeno da ampliação da função institucional do Estado administrativo, aqui fotografado, que passa a atuar com fins de consensualidade, por meio de um procedimento, proporcionando o diálogo, a conciliação, a efetivação de acordos ou pactuações como um dos instrumentos possíveis para cumprir com sua finalidade institucional constitucional. Assunto esse amplamente tratado no terceiro capítulo, na tentativa de responder especificamente se o procedimento da consensualização pode se constituir um meio para viabilizar soluções com efetividade, eficiência e segurança jurídica na judicialização das políticas públicas regulatórias complexas.

Para situar o perfil do Estado administrativo abordado nesta pesquisa, é primordial ressaltar os princípios constitucionais que contribuem para feição que bem externa e fundamenta sua ampliação funcional e maior complexidade, como o princípio da eficiência, o princípio do acesso à justiça, o princípio democrático, a vinculação à processualidade, a supremacia do interesse público, abordados em 2.2, quando serão estudados os fundamentos para concertação administrativa e judicial pela administração pública.

2.2 Aspectos relevantes e fundamentos para consensualização na administração pública

Para situar com mais precisão a definição de consensualização abordada, é preciso pontuar os sentidos terminológicos referidos por Marrara (2017, p. 275) quando afirma:

[...] consentimento é aceitação; consenso é aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou o acordo sobre um determinado objeto que interessa a mais de um sujeito; a consensualidade, por sua vez, representa o grau de consenso na gestão pública e a consensualização, finalmente, o movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas.

Diante disso, esta pesquisa centra na consensualização como meio procedimental técnico e dinâmico com a finalidade de se criar e usar métodos de gestão multidualógicos, fundados no consentimento dos diversos atores participantes da solução de um conflito. Inicialmente, torna-se importante pesquisar sobre os fundamentos apontados como lastros justificadores para que se adotem métodos concertativos como instrumentos viabilizadores e construtivos de soluções nos impasses administrativos e judiciais que frontalmente atingem a efetividade e a eficácia de decisões administrativas e políticas públicas.

Os métodos concertativos, especialmente a consensualização conciliativa e mediativa, estão em estágio de aplicabilidade concreta e são parte da realidade do Estado administrativo contemporâneo. Há ampla justificativa constitucional e infraconstitucional, bem como sinais de convergência consensual entre doutrinadores, Judiciário e estudiosos em geral, que a utilização dos meios de consensualização se externa como caminho válido, adequado e constitucional para se ter acesso a um sistema jurídico justo, não havendo qualquer desrespeito ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, mas ainda persistem algumas resistências que, também, possuem suas justificativas.

Já se constitui uma realidade o fato de que o clássico protagonismo do Poder Judiciário, externado no juiz como detentor exclusivo das soluções de conflitos, tanto na esfera pública quanto privada ou mista, também tem dado espaço para utilização de métodos que possam se instrumentalizar como meios de soluções de tais conflitos. Habilitam-se, assim, meios e métodos de consensualização em que um conjunto de possíveis atores (administração pública, entes privados, juízes, órgãos de fiscalização, técnicos, entidades associativas de representação social etc.) participa de um procedimento para construção das soluções, sendo possível, por esse caminho, privilegiar e realizar princípios constitucionais como direito/garantia ao acesso à justiça, ao princípio da eficiência, ao princípio democrático e ao concomitante atendimento aos direitos fundamentais, especialmente, a dignidade da pessoa humana.

A consensualização, com destaque para os métodos da conciliação e da mediação, se constitui em instrumentos hábeis e meios eficientes para solução de controvérsias na administração pública, tanto entre os entes da administração direta (União, estados, municípios e Distrito Federal) como nas entidades da administração indireta (agências reguladoras, autarquias e fundações públicas), inclusive, todas essas nas suas relações firmadas com o mundo privado, nos negócios jurídicos entabulados.

Sobre a matéria da consensualização na administração pública, é possível identificar um conjunto de fundamentos normativos e principiológicos constitucionais que a legitima. Souza (2014) destaca a importância especial dos princípios do acesso à justiça, da eficiência e do

Estado democrático como os três fundamentos constitucionais que respaldam a utilização de métodos consensuais na resolução de demandas envolvendo o Estado administrativo, no contexto da Administração e no ambiente judicial. Também é essencial tratar do princípio da legalidade, usualmente utilizado como argumento pelos que entendem pela impossibilidade da consensualização na/pela administração pública, bem como refletir sobre os princípios da isonomia, da publicidade e da supremacia do interesse público, no contexto de suas aplicabilidades e justificativas, como parâmetros limitadores para consensualização, já sendo possível afirmar, de antemão, que estes exercem dupla finalidade, tanto de fundamentar sua utilização quanto de limitar ou desautorizar a consensualização. Relativamente ao princípio do acesso à justiça, observa-se que:

[...] exige a disponibilização de métodos adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados) de resolução de conflitos, não se subsumindo a uma simples garantia de acesso formal ao sistema judicial – princípio do qual decorre o também positivado princípio da razoabilidade na duração do processo administrativo e judicial. (SOUZA, 2014, p. 191).

Pode-se, aqui, concluir pela relação direta do princípio do acesso à justiça com o princípio da eficiência, se efetivado esse acesso com celeridade, economia e resultados. Cappelletti e Garth (1998) já chamavam a atenção para o sentido do acesso à justiça, que deve se valer de técnicas processuais aplicadas à clássica prestação jurisdicional e outros meios alternativos, afirmando:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada; e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva. (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 12).

A Constituição Federal (1988) eleva o princípio do acesso à justiça não apenas como qualidade de direito fundamental, mas como uma expressa garantia constitucional, relacionada diretamente com a própria existência do Estado Democrático de Direito, com implicação direta na garantia do mínimo existencial e da dignidade humana. É certo que, por meio do exercício do direito de ação garantido pela Constituição Federal a ser formulado perante o Estado judicial, se externa o meio instrumental usual para obter justiça. Entretanto, o acesso à justiça por meio da clássica prestação jurisdicional pelo Estado-juiz tem se revelado insuficiente e com diversas barreiras dificultadoras para sua eficiência, como custo, morosidade, limitações técnicas, déficit democrático participativo, entre outros aspectos, que acabaram por fundamentar um processo

gradual de consensualização como alternativa para solução de conflitos e de acesso à ordem jurídica justa.

Oliveira (2013, p. 73) ressalta que “[...] a questão do acesso à justiça ora é tratada pela ótica da acessibilidade ao órgão judicial, ora a aplicação é vista pelo seu resultado, sua justiça [...]”, logo, é preciso observar que

[...] a terceira onda do acesso à justiça somaria ambas as perspectivas, incluindo a temática da técnica, buscando concentrar o exame também na ideia de pluralismo de normas, procedimentos, instituições e pessoas teleologicamente desenvolvidos para as justiças-valores da sociedade diversificada. (OLIVEIRA, 2013, p. 74).

Em verdade, essas assertivas retratam novas características de um Estado administrativo ampliado/multidiversificado em suas finalidades. Isso porque o Estado

[...] sai de uma preocupação apenas estrutural de atendimento às demandas, passando pelo acolhimento das questões sociais e a coletividade, chegando à revisitação de sua finalidade e dos instrumentos dispostos ao atendimento dos resultados propostos, dialogando agora com a sociedade sobre os meios de resolução de conflitos. (OLIVEIRA, 2013, p.73).

A autora conclui afirmando que

[...] os movimentos ou ondas do acesso à justiça refletem o próprio paradigma político que evolui do aspecto puramente liberal, passando pela ótica social, e atingindo o pluralismo político e social. Com tamanhas modificações, surge uma necessidade premente de se encontrar um núcleo fundamental para a expressão acesso à justiça, de forma a ser melhor assegurado nas tratativas estatais. (OLIVEIRA, 2013, p. 73,74).

Aqui, a abordagem que se faz relativamente ao princípio do acesso à justiça refere-se à ideia de uma “acessibilidade efetivamente eficiente”, que externe resultados concretos de solução para o conflito. Nessa linha e com esse objetivo, Souza (2014, p.191) salienta os princípios da eficiência e o princípio democrático como fundamentos para consensualização, observando que o princípio da eficiência “[...] demanda sejam os conflitos resolvidos da forma que apresente a melhor relação entre custo e benefício, ou seja, menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambas.” Assim, assegura que o princípio democrático como base fundamental constitucional “[...] decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo e reclama portanto que quando o poder público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema” (SOUZA, 2014, p. 191),

concluindo que o poder público deve disponibilizar métodos de resolução consensual de conflitos.

Sobre o princípio democrático que fundamenta a consensualização na administração pública, partindo da constatação da ampliação funcional e de atribuições atualmente conferidas ao Estado administrativo, mas ainda com caráter prestador, regulador e intervencionista em sua obrigação de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, aliada à exigência de privilegiar o meio democrático para cumprimento das densas e diversas funções, emergiram alternativas e meios de consensualização como instrumentos procedimentais adequados. Desse modo, passou-se a verificar uma abertura participativa democrática não apenas no aspecto formal proporcionado pelo sufrágio universal, mas, materialmente, por meio do diálogo entre o Estado administrativo e a população, destinatária direta na construção de atos e decisões/políticas públicas, amenizando a clássica unilateralidade impositiva estatal pela adoção alternativa de um procedimento dialógico fundamentado na busca da consensualidade, sendo possível constatar um avanço gradual da democratização decisória na administração pública.

Ilustrando o contexto evolutivo da democratização na administração pública, Faria (2020, p. 118) lembra que “[...] mecanismos tradicionais de participação popular na Administração Pública, como as consultas e audiências públicas, não trouxeram a esperada democratização da atividade administrativa.” Assim:

[...] apesar de formalmente abrir-se espaço à sociedade para apresentar seus anseios e suas demandas, via de regra muito pouco disso acaba sendo realmente levado em consideração pelas autoridades administrativas. Por essa razão, continua presente no Direito Administrativo reivindicações de uma democratização mais concreta. (FARIA, 2020, p. 118).

É nesse contexto que a consensualização se processualiza gradualmente como meio ou caminho para solução de conflitos com mais eficiência e democracia, garantindo efetivo acesso à ordem jurídica justa. Mas pontua-se, aqui, que não se trata da substituição do clássico Estado-juiz como meio de solução de demandas por um meio concertativo de consensualização, mas da disponibilização de um processo alternativo adicional disponível que poderá ser utilizado a depender da situação, do contexto e das condições específicas capazes de indicar/justificar sua utilização como método técnico viável e adequado para solução/resultado eficiente.

Moreira Neto (2003, p. 142-143) visualizou de forma clara esse fenômeno da democratização no Estado administrativo quando escreveu:

[...] a intensificação da participação e a multiplicação das figuras consensuais de administração devem ser consideradas como um reflexo da crescente imbricação entre interesses de todo o gênero nas sociedades contemporâneas, o que cria espaços comuns entre o público e o privado, em que se inserem interesses individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos o que de forma alguma minimiza ou estreita o espaço do público senão que o valoriza, por ampliar-lhe a prossecução, o fomento e a defesa, pela mobilização não apenas da vontade e dos meios do Estado mas os de toda a sociedade convergente.

Ao chamar a atenção para democratização participativa a ser realizada por meio de adequada processualidade, o autor alerta:

[...] essa processualidade participativa, como qualquer outra que se destine a disciplinar a ação do Estado para conferir-lhe previsibilidade no procedimento e efetiva garantia dos direitos das partes, envolve sempre uma cuidadosa reafirmação do sentido formal do direito ao devido processo, constitucionalmente garantido. (MOREIRA NETO, 2003, p. 143).

Dessa forma, ele deixa claro que os métodos de consensualização não abdicam da devida processualidade formal com o cumprimento de todos os princípios inerentes ao processo administrativo, como o contraditório, a motivação, a legalidade etc. Assim, sobre esse aspecto, percebe-se que o fenômeno da consensualização também busca fundamento no princípio da eficiência administrativa, que é o indicador ou sinalizador da efetividade do princípio da boa administração.

Por isso, é oportuno evidenciar o princípio da eficiência administrativa como fundamento para consensualização, entendida por Moreira Neto (2014, p. 267) como “a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos”, em um contexto de compreensão da “[...] plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade.” Esse Estado administrativo apresenta, de forma simultânea e dialógica, o “[...] atributo técnico como uma exigência ética a ser atendida no sentido weberiano de resultados” (MOREIRA NETO, 2014, p. 267), apresentando um elemento jurídico adequado e exigível de “boa administração”.

Nesse desenho, a obrigação da eficiência administrativa em diálogo, e justificada pelo interesse da comunidade, passa a ser aferida objetivamente como um “direito da cidadania”, devendo ser considerada, nesse contexto de eficiência, a mensuração da economicidade, hoje alçada a *status* de princípio vinculativo para moderna administração pública. Para Moreira Neto (2014), além dos princípios da eficiência e da economicidade, destaca-se o princípio da boa administração, originado da eficiência administrativa, visto que

[...] o dever da boa administração decorre diretamente do comando do art. 37, caput, que consagra a obrigatoriedade da eficiência, que se complementa pelos comandos,

ainda mais específicos, do art. 70, caput, que instituem a obrigatoriedade tanto da legitimidade quanto da economicidade da gestão administrativa. (MOREIRA NETO, 2014, p. 270).

O autor complementa seu raciocínio afirmando que a boa administração tem como parâmetros gerais os conceitos de eficiência e resultado de gestão. Quanto ao princípio da coerência administrativa, ele lembra que essa recente formulação principiológica deriva da necessidade de garantir a segurança jurídica nas atividades administrativas, nos efeitos para os administrados em sua boa-fé, devendo primar por uma concertação administrativa com “desempenho congruente”, e exemplifica que o mesmo foi materializado na instituição da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), que tem como uma de suas principais atribuições dirimir, por meio do procedimento de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos municípios (art. 18, inciso III, do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010). Nesse contexto, conclui que:

[...] ao administrado assiste o direito constitucional de exigir consistência da ação administrativa, podendo pleiteá-la, tanto administrativa como judicialmente, sempre que a incoerência no tratamento de idênticas situações por parte da mesma Administração venha a ameaçar ou a ferir direitos individuais. (MOREIRA NETO, 2014, p. 171).

Destaca-se, assim, um Estado administrativo atual não mais limitado à função prestacional positiva ou negativa clássica, não havendo como secundarizar o debate quanto à natureza e às características desse modelo de governo de afirmação do poder regulador, que contemporaneamente se exige e se espera, nesse contexto, em que há uma convergência funcional estatal para uma só finalidade: efetividade e eficiência/resultado no cumprimento do plexo de suas complexas e múltiplas funções, emergindo, desse ambiente, a consensualização plenamente justificada e possível como um dos instrumentos para consecução da eficiência administrativa comandada pela ordem constitucional. Sendo assim,

[...] a eficiência, como é notório, foi elencada como princípio constitucional expresso da Administração Pública com a Emenda Constitucional nº 19/98. Essa previsão expressa, porém, talvez até tenha sido desnecessária. Afinal, parece ser inegável que uma estrutura estatal ineficiente não corresponde com os deveres fundamentais do Estado de Direito. (FARIA, 2020, p. 121).

Ainda sobre esse princípio, aliás, exigência que tem sido a principal referência qualitativa para caracterização da boa administração pública, França (2019, p. 114-115) defende que “[...] a ideia de eficiência dos atos administrativos está conectada não só ao bem agir, mas também à constante busca do melhor possível, conforme exigência materialmente concretizáveis da administração.” E finaliza dizendo que a “[...] ineficiência administrativa decorre, de forma geral, da insuficiência de força estatal para a realização do pretendido, segundo determinação legal [...]”, e aponta que o Estado administrativo, para atender ao princípio da eficiência, precisa identificar com precisão qual interesse público a se concretizar, considerando importante “a indicação de qual força precisa empregar” para atingir o que propõe e, ainda, a necessidade de se identificar “quanto de força dispõe” e “quanto precisará buscar para efetivamente realizar o interesse público legalmente indicado”, o qual, claro, já deve estar previamente e devidamente identificado para ser realizado por intermédio de sua eficiência administrativa.

Dito isso até o momento, ao tratar da consensualização na administração pública, torna-se plausível abordar conjuntamente a conciliação e a mediação em razão da semelhança entre os referidos institutos/métodos/técnicas de solução de controvérsias, que muito se aproximam, pois ambos tratam de meios autocompositivos de solução de conflitos. Importante lembrar, como finalidade didática deste capítulo, que a conciliação difere da mediação e possui características próprias, pelo menos no que concerne especialmente à natureza do relacionamento anterior entre as partes interessadas na solução do conflito.

Ademais, é preciso abordar essa matéria porque, provavelmente, será necessário adotar esses métodos em conjunto para se obter a consensualização na judicialização da decisão regulatória, objeto central deste estudo. Sobre essa diferenciação, Schwind e Kukiela (2016, p. 328) destacam que:

[...] ao menos, é esta a distinção feita pelo novo CPC, em seu artigo 165, §§ 2º e 3º. Ou seja, o conciliador irá atuar precipuamente nos casos onde não havia relação anterior entre as partes, de modo que o vínculo existente é meramente circunstancial, já o mediador irá intervir em conflitos envolvendo relações continuadas.

No que se refere à mediação, Souza (2012, p. 55) afirma que ela pode ser definida “[...] como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes [...]”, constituindo-se, assim, em um método de solução de controvérsias autocompositivo.

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, descreve o conceito de mediação como sendo uma técnica de negociação na qual um terceiro, indicado ou aceito pelas partes, ajuda a encontrar uma solução que atenda ambos os lados (BRASIL, 2015c). Apesar de serem métodos muito similares, o art. 165 do Código de Processo Civil (CPC) faz uma diferenciação entre mediadores e conciliadores judiciais. Segundo o referido normativo processual, o conciliador atua preferencialmente nas ações em que não haja vínculo entre as partes e pode sugerir soluções. Já o mediador atua nas ações em que as partes possuem vínculos com objetivo de restabelecer o diálogo e permitir que elas proponham soluções para o caso.

Tanto a Lei nº 13.140/2015 quanto a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o CPC, tratam a conciliação como um sinônimo de mediação, mas se verifica a existência de uma sutil diferença, pois a técnica utilizada na conciliação para aproximar as partes é mais direta e há uma atuação mais efetiva do conciliador na construção e na sugestão de soluções. Na mediação, o mediador interfere menos nas soluções e age mais na aproximação das partes. Infraconstitucionalmente, as referências iniciais aos institutos autocompositivos de conflitos da conciliação e da mediação se encontram no § 3º, art. 3º, do atual Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...]
 §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015a).

Ressalta-se que os arts. 165 a 175 da lei processual brasileira regulamentam as atividades dos conciliadores e mediadores judiciais. Destaca-se que o art. 174 estabelece que a “União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo [...]” (BRASIL, 2015a), tanto internamente na própria administração como para solucionar conflitos entre privados e a administração pública, o que representa uma consagração da possibilidade de se adotar a conciliação e a mediação nessa esfera da gestão.

Nesse contexto, a conciliação é uma forma de solução de litígios autocompositiva que pode ser vista, na lição de Calmon (2013, p. 134), como

[...] um mecanismo de obtenção da autocomposição, que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado pela estrutura, e que tem

como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo como escopo a só solução de conflito que lhe é concretamente apresentado.

A mediação possui marco regulatório na Lei nº 13.140/2015, a qual dispõe sobre sua utilização entre particulares como meio de solução de controvérsias e de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, contendo os princípios orientativos da mediação e as diversas normas sobre procedimentos.

Cumprе ressaltar que, embora o art. 174 do Código de Processo Civil disponha sobre a criação de câmaras de mediação e conciliação com atribuições para solução consensualizada de litígios no contexto da administração pública, há o entendimento de que a conciliação e a mediação poderão ocorrer sem se utilizar de tais câmaras, não havendo a obrigatoriedade vinculativa a somente se proceder a conciliações e mediações por meio delas.

É possível a compreensão de que o referido dispositivo (art. 174 do CPC) possui uma finalidade de incentivar e viabilizar a prática rotineira institucional da consensualização no âmbito da administração pública, com destaque para a conciliação e a mediação. Ainda, analisando o conteúdo normativo do art. 175, pode-se concluir pela possibilidade da administração pública se utilizar do instituto da conciliação e da mediação para dirimir os conflitos nos quais seja partícipe, sem a necessidade de seu processamento por meio das câmaras, *in verbis*:

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação. (BRASIL, 2015a).

É importante observar a existência de outras formas de composição eleitas pela Lei nº 13.105/2015 que se traduzem na possibilidade de solução extensiva e evolutiva dos conflitos na administração pública como uma realidade que se impõe, afastando o gerenciamento do Poder Judiciário na solução de lides, no primário exercício da jurisdição, e sem quaisquer especializações técnicas adequadas para compreensão das demandas complexas, aspectos que serão trazidos adiante.

Identifica-se que, a partir do ano de 2015, além da Lei nº 13.105, várias normativas novas, e mesmo algumas alterações e inclusões, foram acrescentadas àquelas que já se encontravam em vigor para fundamentar métodos concertativos pelo Estado administrativo, destacando-se os arts. 174 e 175 do CPC, também mencionados. Na sequência, a Lei nº 13.129, de 26 de maio

de 2015, trouxe muitas modificações à Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com destaque para normas que autorizam a utilização da arbitragem pela administração pública para solução de demandas que tenham como objetos direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 2015b). Também, há de se referir à Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015, que acrescentou o art. 44-A ao Regime Diferenciado de Contratações, considerado uma das referências normativas autorizativas para utilização do *dispute board* (BRASIL, 2015d).

Acrescente-se a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que, em seu art. 12, parágrafo único, estabeleceu que a sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre os acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social (BRASIL, 2016). Destaca-se, ainda, a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria, que, em seu art. 31, prevê que controvérsias surgidas, nos contratos referentes após decisão definitiva aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias (BRASIL, 2017). E o interessante é que essa lei traz, expressamente, a definição e os parâmetros para o que elege como direitos patrimoniais disponíveis, elencando taxativamente três situações: as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão e o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, método adotado pela referida lei que confere maior segurança jurídica em sua aplicabilidade.

Por fim, fundamental relevar e destacar a importância da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e inclui disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, a qual externa conteúdo normativo que traz um novo marco à consensualização administrativa, com especial apontamento para seu art. 26, que alguns defendem como uma permissão genérica para efetivação de acordos pela administração pública, transcrito a seguir:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

- I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
 - II - (VETADO);
 - III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
 - IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.
- § 2º (VETADO). (BRASIL, 2018).

É possível defender que a alteração patrocinada por essa lei implica a inserção de normas que formatam um novo regime jurídico, que fundamenta a realização de acordos e negociações para viabilizar a consensualização, prevendo o “compromisso” como um novo instrumento consensual. Essa defesa é tecida por Guerra e Palma (2018, p. 146), que afirmam que “[...] a Lei nº 13.655/2018, expressamente, confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro”, concluindo que “[...] qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso, nos termos do artigo 26 da lei, não se fazendo necessária a edição de qualquer outra lei específica decreto ou regulamento interno.”

Aliás, deve-se destacar que os autores se referiram à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 253.885/MG, tendo como relatora a ministra Ellen Gracie, com julgamento em 4 de junho de 2002, na Primeira Turma, os quais constataam que “[...] a consensualidade como instituto de maximização do interesse público na atividade de controle exercida pela administração pública já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.” Continuam os autores deduzindo que “[...] o STF concluiu pela desnecessidade de lei autorizativa para o exercício da consensualidade, bastando que a análise do caso concreto confirme a real e concreta chance de maximização do interesse público pela composição” (GUERRA; PALMA, 2018, p. 145). Mesmo com essa decisão do STF, nos idos de 2002, portanto, há quase vinte anos, ainda persistiu durante muito tempo um ambiente de insegurança jurídica e imprevisibilidade que desestimulava os administradores públicos a buscarem a solução consensualizada para sua maior eficiência, especialmente pela inexistência de normas gerais, aliada à resistência dos órgãos de controle em geral e da própria doutrina e jurisprudência vacilantes e divergentes.

A Lei nº 13.655/2018 vem fortalecer com o lastro da segurança jurídica as decisões administrativas fundadas e procedimentalizadas na consensualização, pois, nas palavras de Guerra e Palma (2018, p. 147), “O grande mérito do compromisso previsto no art. 26 da LINDB é superar a dúvida jurídica sobre o permissivo genérico para a Administração Pública transacionar.” Assim, a autoridade administrativa está autorizada a proceder compromissos e realizar acordos, até porque o próprio artigo traz algumas regras que regulamentam essa figura

negocial “[...] com os requisitos de validade imprescindíveis à efetividade e à garantia dos interesses gerais”, como dizem os autores.

Nesse contexto, alguns doutrinadores já falam que a nova LINDB encerrou todos os níveis de discussão sobre indisponibilidade do interesse público como justificativa para não transação e consensualização pela administração pública. Guerra e Palma (2018, p. 150) explicam que “[...] o âmbito de aplicação do compromisso é delimitado pela funcionalidade do instrumento, qual seja, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito.” Isto é, “[...] condiciona a celebração do compromisso ao seu endereçamento à uma das situações jurídicas concretas na aplicação do direito público, que lista: (i) irregularidade, (ii) incerteza jurídica ou (iii) situação contenciosa [...]”, podendo a administração pública consensualizar sobre qualquer matéria, desde que se destine a solucionar umas das situações especificadas no art. 26 da Lei nº 13.655/2018, destacadas e descritas taxativamente pela própria normativa.

Há de se referir à Lei nº 13.848, de 26 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, pois trazem normas que buscam o aperfeiçoamento das agências com foco no aprimoramento do seu processo de construção de decisões, privilegiando o superávit democrático, a maior clareza nos processos decisórios internos, a ampliação e a viabilização do controle social. A relevância se dá ao imposto no art. 9, sobre a realização de prévias consultas públicas e a exigência de prévia Análise de Impacto Regulatório (AIR), criando um ambiente participativo e democrático que, por sua vez, sedimenta naturalmente o caminho para consensualização se, porventura, ocorrer algum conflito administrativo ou judicial relativamente à decisão regulatória final, o que, no mínimo, vai facilitar seu controle judicial (BRASIL, 2019c).

Isto posto, torna-se fundamental destacar alguns aspectos peculiares e as divergências sobre a possibilidade da consensualização no ambiente em que se encontra a administração pública, seja o ambiente administrativo, seja o judicial, o que se discorrerá a seguir.

2.3 Princípios da administração pública relevantes, suas influências como fundamentos e fontes de divergências para consensualização

Em um dado momento e em uma situação específica nos quais o Estado administrativo adote algum método de consensualização, seja para solução do conflito em sede administrativa ou judicial, seja para prática consensual interna de atos administrativos e/ou políticas públicas por meio de procedimentos específicos, haverá a inafastabilidade da identificação do interesse

público e dos princípios da administração pública, como o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência e da proporcionalidade, sendo indiscutível e evidente a obrigatória vinculação à processualidade. Isso significa que, via processo administrativo específico, se retratará um Estado administrativo ampliado no plexo de suas atribuições, obrigado a apresentar resultados efetivos para se qualificar como boa administração eficiente, em cujo fluxo procedimental atores atuarão subordinados ao regular contraditório e à motivação em um ambiente formal processual rigoroso, isonômico, legal, transparente e público de diálogo democrático para atingir o resultado proposto.

Especialmente os princípios da supremacia do interesse público e da legalidade devem ser objetos de algumas reflexões, pois se constituem usualmente em fundamentos destacados tanto por quem defende a possibilidade da consensualização quanto por quem se manifesta contrariamente à mesma na esfera pública, não sendo matéria esgotada. Esses princípios são fontes de divergências interpretativas que, aqui, devem ser externadas para se chegar, de forma mais consistente, à contextualização e identificação do problema e à resposta proposta nesta pesquisa.

Não há como fugir de algumas reflexões sobre o interesse público, ainda objeto de muitas divergências quanto ao seu alcance e a sua interpretação conceitual, visto que as discussões sobre a possibilidade ou não da utilização da consensualização pela administração pública tem sido alimentada pelos contrários à sua utilização, com argumento geral de que o interesse público é indisponível, não sujeito à transação ou consensualização, por ser regido por sua indisponibilidade suprema, o que, em conclusão, lhe daria natureza de intransigibilidade.

Primeiramente, mesmo partindo da premissa de que há indeterminação do conceito de interesse público, nas palavras de Di Pietro (2010, p. 98-99), isso “não pode servir de empecilho à aplicação de normas constitucionais”, posicionamento que, se aceito, dá um contexto mais amplo para essa discussão, já que, “sendo conceitos jurídicos, são passíveis de interpretação”. Para a autora, “[...] é do ordenamento jurídico que se extrai a ideia de interesse público e quais os interesses públicos a proteger [...]”, visto que o princípio deve ser aplicado conjuntamente com os demais princípios administrativos, especialmente, o princípio da legalidade.

Ribeiro (2010, p. 98-99), objetivamente, afirma que “[...] o interesse público só é aquele positivado no ordenamento jurídico, seja por regras ou por princípios.” Ou seja: “Vale dizer, para que o interesse público seja, de fato, superior, é necessário um direito subjetivo específico com ele congruente.” E continua o autor: “Com isso se fixam as balizas de onde estaria o interesse público”, pois “[...] o ‘interesse’ é público quando é ‘direito’”.

Embora evidente e real a crescente utilização da mediação e da conciliação na esfera pública, realidade que justifica alguns doutrinadores utilizarem o termo “administração consensual” para identificar esse perfil do Estado administrativo atual, o primeiro aspecto relevante a destacar recai na oposição ou nas ressalvas feitas à possibilidade de utilização de tais meios de resolução de controvérsias administrativamente e judicialmente ancoradas na concepção, por demais ampla, de uma suposta indisponibilidade do interesse público.

Não se contesta a indisponibilidade como elemento essencial do interesse público, pois é um núcleo duro e essencial do patrimônio público. Apesar disso, deve haver a necessária ponderação por conta da aplicação de outras importantes diretrizes constitucionais estimuladas pela ampliação da legalidade para um contexto de juridicidade e utilização, pelo poder público, de outros meios comprovadamente eficazes e úteis por meio da conciliação e da mediação como veículos concretos e efetivos para resolução dos conflitos de interesses, inclusive, sendo relevante reiterar o princípio da eficiência, o princípio do acesso à justiça e o princípio democrático, já, aqui, referidos, como alguns dos seus fundamentos autorizativos.

Di Pietro e Ribeiro (2010, p. 102), enriquecendo o debate sobre o tema a partir da relação do interesse público com a aplicabilidade dos direitos fundamentais, concluem:

[...] o princípio da supremacia do interesse público convive com os direitos fundamentais do homem e não os coloca em risco. Ele encontra fundamento em inúmeros dispositivos da Constituição e tem que ser aplicado em consonância com outros princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com observância do princípio da legalidade. A exigência de razoabilidade na interpretação do princípio da supremacia do interesse público se faz presente na aplicação de qualquer conceito jurídico indeterminado; atua como método de interpretação do princípio (na medida em que permite a ponderação entre o interesse individual e o público) e não como seu substituto.

Nesse mesmo diapasão de reflexões, Binenbojm (2014) destaca a existência de uma nova visão para o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, referindo-se à *relevância* da legalidade administrativa que se expande de sua vinculação positiva da lei para uma concepção de juridicidade a ser considerada em um sistema jurídico unitário, situação que, obviamente, proporciona um ambiente de compreensão mais ampliado e complexo para identificar o concreto ou o que mais se aproxima da determinação do interesse público a ser atendido.

Para identificar as características ou os sinais do Estado administrativo contemporâneo, deve-se refletir sobre conceitos e institutos clássicos da estrutura do Direito Administrativo que passam por mutações interpretativas, que implicam ampliações dos seus conteúdos e aplicabilidades concretas como, por exemplo, a atual visão de que o Estado administrativo,

inserido no contexto e no ambiente contemporâneo até aqui demonstrado, acaba por se submeter a uma nova leitura de conteúdo e extensão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o que reflete diretamente na extensão e nos parâmetros de atuações e escolhas efetivadas pelo Estado administrativo para cumprir suas finalidades materiais.

A ideia da posição privilegiada do Estado nas relações jurídicas adquire contornos que lhe dá nova compreensão em face de vários aspectos a serem considerados, entre eles, a razoabilidade, a proporcionalidade, a garantia da dignidade humana no ambiente de ampliação da legalidade para juridicidade, com efeitos diretos no dimensionamento e na compreensão da concepção clássica da indisponibilidade do interesse público, que ganha novos contornos em sua relação com os direitos fundamentais.

Para Ávila (2001, p. 2), “[...] não há dúvidas de que a administração pública não possui autonomia de vontade e deve executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei, dando-lhe ótima aplicação concreta [...]”, deixando claro que a administração pública é concretude de realizações. O autor arremata concluindo que a administração pública exerce uma função nos parâmetros e nas balizas instituídos e conferidos pelo sistema jurídico, destacando a principal característica e o compromisso do atual Estado administrativo: sua funcionalidade realizadora do interesse público, nos limites, nas condições e nas extensões impostos pelo direito, e, aqui, se acrescenta, impostos pela realidade que exige resultados eficientes na atividade estatal para o atendimento das demandas da sociedade, cuja baliza principal reside na garantia da dignidade humana, contextualizada na identificação do interesse público, o qual sempre estará, nas palavras de Ribeiro (2010, p. 98-99), “positivado no ordenamento jurídico, seja por regras ou por princípios” em um ambiente de juridicidade.

Leal (2003, p.43), sinalizando que o Estado administrativo, conduzido por esse Direito Administrativo “mais atento às necessidades da realidade”, porque dele se exige resultados, poderá se apresentar como instrumento de realização de interesses públicos voltados ao bem comum da sociedade, remetendo à ideia de que o interesse público não pertence ou é determinado pelo Estado administrativo unilateralmente, de forma arbitrária, mas, antes e necessariamente, precisa refletir o bem comum, o bem da sociedade e da democracia, conforme defende:

O Direito Administrativo, hoje, não mais se apresenta como um conjunto de métodos e técnicas de governo e de ações de Estado, mas, fundamentalmente, como instrumento de gestão dos interesses públicos, e, portanto, muito mais a serviço da sociedade e da democracia. (LEAL, 2003, p. 43).

Partindo apenas da vertente da multifuncionalidade complexa, característica do Estado administrativo atualmente, é que se torna relevante a compreensão do conteúdo e da extensão do princípio da supremacia do interesse público no atual contexto das relações Estado-sociedade, uma vez que reflete diretamente na extensão e na intensidade da resposta estatal na realidade que se apresenta, considerando suas atribuições constitucionais, especialmente, no contexto da garantia da dignidade humana e do bem comum.

Se ao interesse público lhe é reconhecida sua condição de supremacia e indisponibilidade, torna-se necessário debruçar um pouco mais sobre a noção de interesse público e em que extensão, parâmetros e contexto se operam a sua supremacia e indisponibilidade, notadamente, a partir da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da eficiência (sempre com olhos contextualizados na garantia da dignidade humana e do bem comum), pois é de grande relevância para o posicionamento da matéria abordada nesta pesquisa acerca da fotografia que, aqui, se apresenta de um Estado administrativo constitucionalizado, ampliado em suas atribuições, com modelagem complexa plural, a possibilidade da utilização de métodos de consensualização, administrativamente e judicialmente.

Carvalho Filho (2010, p. 69), ao falar sobre a noção clássica do interesse público, diz: “Quase de forma instintiva, a interpretação do interesse público levava em consideração dois vetores: um relativo ao interesse do próprio Estado e outro pertinente à coletividade, com representação do Estado”, assim, “Seja direta, seja indiretamente, o Estado sempre polarizou o interesse público e desempenhou o papel de árbitro para sua identificação no âmbito das relações sociais, políticas e econômicas.” Mas, atualmente, se constata que ocorreu uma horizontalização nas relações/diálogos entre o Estado administrativo e a sociedade com influência direta na apreensão, na identificação do sentido e no alcance do interesse público, não em uma concepção de “supremacia” pura, simples e hermeticamente definida unilateralmente pelo poder estatal, mas consistente, com uma ideia de bem comum a ser identificado e realizado em um ambiente decisório, plural, democrático, participativo e processualizado, complementa o autor.

De fato, na concepção clássica de interesse público, até pouco tempo havia uma ideia predominante de sua associação ao Estado, especialmente em seus objetivos próprios e específicos. Em suma, o interesse público se revelava pela própria realização das finalidades e dos objetivos estatais em um contexto de exercício de poder (CARVALHO FILHO, 2010). Uma concepção já praticamente superada e em gradual construção de técnicas/meios/métodos e procedimentos alternativos capazes de, por si, se constituírem em vias de realização do interesse público, como a consensualização decisória.

Hoje, o interesse público é visualizado e distinguido em um contexto de afirmação do Estado Democrático de Direito, em consonância com a constitucionalização dialógica do Direito, em seus diversos ramos, dentro do sistema jurídico unitário e da exigência de um Estado funcional e eficiente para prover esse interesse público, norteados na garantia da dignidade da pessoa humana e do bem comum, diga-se, em contínua evolução em diversidade e complexidade. Carvalho Filho (2010, p. 69) retrata esse contexto ao afirmar:

Com a afirmação do Estado de Direito e a decorrente elevação dos direitos e interesses da coletividade, passou a sobressair o sentimento de que o Estado, em última instância, só se justifica em função dos interesses da sociedade, ou seja, o móvel de sua instituição repousa no intuito de servi-la e administrar-lhe direitos e interesses.

Di Pietro (2012, p. 241) explica que o “[...] interesse público como princípio político constitui a própria justificativa para a existência do Estado [...]” e, como princípio jurídico, alimenta sua funcionalidade para dar solução concreta e efetiva às situações específicas. Conforme assevera, passa a ocorrer a humanização do Direito Administrativo e a preocupação com valores essenciais como a dignidade da pessoa humana, tendo como consequência um Estado mais interventivo para reduzir as desigualdades e garantir o bem-estar comum. Nesse sentido, “[...] o interesse público no aspecto político se aproxima da ideia de bem comum [...]” (DI PIETRO, 2012, p. 244), o que torna possível concluir que se constitui em próprio fim do Estado funcional, em uma concepção de garantia do bem comum, justificada na realização da dignidade humana.

Para cumprir o proposto na presente pesquisa, são suficientes as reflexões no sentido de assimilar que o interesse público se constitui em núcleo-fim para o provimento pelo Estado administrativo, tendo em vista sua natureza funcional. E o não atendimento a esse fim, nos atos estatais administrativos, caracterizará desvio de fim constitucional, que leva à ideia de que se incorrerá em ilegalidade, dada a relevância de se identificar o interesse público para legitimidade da atividade administrativa. Por essa razão, Meirelles (2004) professava não ser possível compreender o ato administrativo alheio ou dissociado do fim público.

França (2019), ao ajuizar sobre o interesse público, procurando superar a ideia de sua indeterminação, destaca que ele somente terá relevância se for determinado, identificável e concretizável, não havendo porque falar em concepção de interesse público com perfil de indeterminação. Assim, o “[...] interesse público é objeto que se condiciona como concretizavelmente positivo e produtivo, de forma proporcional, para quem carece de uma eficiente atividade estatal, conforme objetivo e estrutura normativa, social e política definida

pela Constituição Federal” (FRANÇA, 2019, p.121). Concepção defendida pelo autor que acaba estimulando a construção de uma conclusão de que o interesse público realizado é aquele previamente e concretamente identificado e justificado na ideia constitucional de bem comum. Desse modo, o autor segue arrematando que o interesse público é um fim a ser atingido tanto pelo Estado administrativo como pelos entes privados para o cumprimento do normativo constitucional, concluindo que: “Na verdade, aproxima-se de uma noção mais concreta de interesse público o produto que se extrai do inter-relacionamento das diversas forças que conformam a vida da pessoa humana em dado tempo e lugar” (FRANÇA, 2019, p. 121).

Nesse contexto delineado pelo autor, é possível concluir que, como o Estado tem o compromisso de realizar as garantias fundamentais por sua vinculação constitucional direta, o interesse público (produto determinável a ser realizado), extraído desse ambiente de inter-relacionamento descrito, realiza-se concretamente por meio da funcionalidade do Estado, e é nessa linha que o Estado administrativo se revela como instrumento funcional, efetivamente realizador dos direitos fundamentais, necessitando de meios para alcançar o interesse público. E é nessa conjunção que o método da consensualização e da administração concertada surge justificadamente, e de modo útil, como metodologia e meio de realização de resultados finalísticos atribuídos ao Estado administrativo, sem que, necessariamente e automaticamente, se incorra em lesão ao princípio da indisponibilidade do patrimônio ou do interesse público.

Logo, constata-se que o princípio da supremacia do interesse público para solução de situações concretas é mitigado, flexibilizado ou ponderado pela aplicação da supremacia dos direitos fundamentais vigentes no Estado constitucional contemporâneo, pela aplicação de um conjunto de diversos outros princípios da administração pública (proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, juridicidade, moralidade, publicidade, devido processo legal etc.) e pela própria modificação e/ou ampliação da concepção de interesse público a ser garantido. Ambiente esse que justifica e impulsiona a modelagem de um Estado administrativo de caráter realizador multipolar com o objetivo de ser eficiente.

Para o dimensionamento do atual Estado administrativo constitucionalizado, é relevante acrescentar, ainda, que a ampliação do princípio da legalidade para uma concepção de juridicidade tem especial influência na funcionalidade e no perfil do atual Estado administrativo. Isso porque lhe proporciona justificativas razoáveis para seu maior dinamismo e para adoção de métodos alternativos, para obter soluções em conflitos (uma realidade no âmbito das agências reguladoras), e mesmo construir escolhas administrativas inovando em métodos e procedimentos, como a consensualização, com a finalidade de habilitar e se

legitimar, nesse cenário, uma administração pública concertativa, capaz de atender plenamente o interesse público.

Isso porque, conforme Di Pietro (2010), a legalidade possui atualmente uma ampliação de compreensão e aplicação que abrange a lei, e também os atos normativos em geral, princípios, normas e valores consignados de forma implícita ou não no ordenamento jurídico unitário, o que proporciona visualizar a dimensão mais ampla da extensão da atuação funcional do Estado administrativo, que deverá exercer suas competências não somente sob o comando da lei estrita, mas norteado, também, por outros regramentos como atos normativos e princípios. Fala-se da relevância da ampliação do princípio da legalidade em seu conteúdo e na dimensão porque é, no contexto por ela proporcionado, que esse modelo de governo regulador encontra instrumentos que tornam mais provável a efetividade do cumprimento de sua função institucional, inclusive, atendendo o interesse público.

É tão importante esse ambiente de juridicidade para a efetividade dos direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado administrativo que Justen Filho (2005, p. 1 *apud* CRISTÓVAM, 2014, p. 209) o reconhece conceituando Direito Administrativo como “[...] o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias a realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.” Destaca-se, nesse conceito, a natureza funcional do contemporâneo Estado administrativo para realizar o Direito Administrativo, hoje necessariamente vinculado à concretização dos direitos fundamentais e da consequente garantia da existência digna, que, somente nessa toada, se legitimará como uma boa administração qualificadamente eficiente.

Com a ideia de juridicidade, o Estado administrativo passa a dispor não somente da lei, mas da normatividade constitucional, composta de regras e princípios para orientar e legitimar sua atividade de administração, exprimindo o que Canotilho (2003, p. 840) professa como “[...] prevalência e precedência do normativo constitucional que substituem a prevalência e precedência vertical da lei [...]”. Tal posicionamento ratifica que a Constituição Federal se constitui em orientação vinculativa eficaz e imediata para as tomadas de decisões nas escolhas administrativas, mas em um sentido de prevalência e precedência, tanto no contexto de se aplicar primeiro a norma constitucional quanto na necessidade de interpretar a lei à luz da lei maior.

Assim, extrai-se a compreensão de dada situação em que se exige resultado e solução assentada em um macro ambiente normativo unitário de juridicidade, cujo centro condutor se encontra na normatividade constitucional, que sempre estará gerindo o sistema jurídico,

convergingo para esse centro gravitacional (a Constituição) todas e quaisquer regras cujas validades e aplicabilidades estão condicionadas a sua consonância interpretativa ao conjunto normativo constitucional.

Norteados e justificados nesse sistema de ordem jurídica unitária, o Estado administrativo deve e pode cumprir sua função institucional, exercitando sua funcionalidade com efetividade e eficiência para concretude de suas atribuições. Estabelece-se, assim, a partir de todas essas reflexões, um ambiente capaz de gerar instrumentos e métodos alternativos que possam se constituir em meios viáveis e adequados para construção de soluções para as extensas demandas do Estado administrativo, daí surgindo a consensualização e os métodos concertativos como alternativas, sem que essa realidade signifique qualquer abdicação do cumprimento dos diversos princípios da administração pública, entre eles, o princípio da supremacia do interesse público e da legalidade.

Desse modo, o Estado administrativo somente pode ser visualizado, identificado e dimensionado se compreendidos o alcance e a dimensão do Estado Democrático de Direito, fundamento essencial do atual modelo de governo de afirmação do poder regulador através de agências administrativas, que passa a deter um caráter mais realizador, acolhedor da diversidade e pluralidade, mais funcional e afeito ao diálogo democrático procedimental, consensualizado/concertativo, fundamentado no interesse público expandido, identificado e justificado na legalidade ampliada para uma concepção de juridicidade.

Spengler e Etges (2021, p. 225) fazem uma síntese panorâmica relativa aos princípios da administração pública, em seu diálogo com a consensualização, afirmando que alguns princípios “[...] atuam no sentido de traçar limites ao gestor público para manter a consensualidade dentro do interesse público, como a legalidade, publicidade, impessoalidade e a indisponibilidade do interesse público [...]”, e outros justificam a consensualização e “[...] atuam mais no sentido de promover a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, como a eficiência, acesso à justiça e proporcionalidade.”

Por fim, parece necessária a compreensão da atual exigência de um Estado administrativo vinculado ao princípio da eficiência e comprometido com resultados. Daí, dessa realidade e dessa necessidade dentro de um sistema interpretativo e de aplicação ponderada, proporcional e razoável cumulativamente dos princípios da administração pública, emerge, como uma das suas feições, a administração pública concertativa que se utiliza de instrumentos de consensualização para construção de soluções em um dado conflito administrativo ou judicial, ou na construção de escolhas e políticas públicas, sempre por meio da processualização parametrizada pela normatização específica.

Diante de todas as reflexões efetivadas até aqui, cumpre afirmar que já está sendo superada a visão restritiva, e até mesmo impeditiva, da utilização dos instrumentos de consensualização pela administração pública com fundamento exclusivo na indisponibilidade do interesse público, especialmente com espeque na Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, assunto já abordado em 2.2.

Há hoje um espectro ampliativo, aceitável, razoável e fundamentado na consensualização administrativa e judicial realizada pelo Estado administrativo contemporâneo, exatamente com o intuito de privilegiar e realizar o interesse público, constituindo-se em meios hábeis, eficientes e úteis para satisfação dos interesses da coletividade, sem que, com a utilização da mediação, da conciliação e da arbitragem, se entenda pela ocorrência de renúncia danosa, redução de direitos e/ou prejuízos para o patrimônio público. Nesse contexto, diversos fatores devem ser considerados, identificados e avaliados nos meios autocompositivos para que seja ultimada a conciliação ou a mediação na esfera da administração pública, devendo haver o compromisso vinculativo com a busca incessante do atendimento aos interesses da própria coletividade, sob pena de nulidade e de sua ineficácia.

Talamini (2017, p. 277) enfrenta a questão da indisponibilidade do patrimônio público quando chama a atenção para o fato de que, “[...] embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível.” Acrescente-se que a renúncia referida pelo autor se limita às decorrências e derivações do bem indisponível, devendo ficar preservada a própria essência, que reside, sempre, na identificação de que se garantiu o interesse público.

Nessa conjuntura, é factível identificar e justificar a importância, a utilidade, a eficiência e a instrumentalidade da conciliação e da mediação como meios de consensualização capazes de dirimir demandas na administração pública, embora seja preciso destacar os fatores e os aspectos relevantes e limitativos que ainda insistem em dificultar a utilização de tais caminhos para efetividade da utilização de métodos concertativos na administração pública, mesmo existindo suficiente fundamentação constitucional e infraconstitucional, além de sua previsão no Código de Processo Civil, entre outras normas de envergadura respeitável.

Pastore (2014, p. 566) identifica que as limitações mais importantes para utilização dos meios alternativos consensuais de solução de conflitos pelo poder público, entre eles, a conciliação e a mediação, são “[...] a indisponibilidade dos bens públicos; a questão referente à titularidade dos interesses públicos [...]”, entendendo que a administração pública não é a titular

dos interesses públicos que pertencem ao Estado. Portanto, o administrador público não possui a livre disposição sobre tais interesses, o que inviabilizaria a transação ou a conciliação, exceto quando expressamente autorizado por lei e pela sempre possível responsabilização dos agentes públicos, realidade impulsionada por um ambiente, ainda, de conservadorismo e resistências de órgãos como Tribunais de Contas, Ministério Público e do próprio Judiciário, nesse contexto muito amplo e variável de interpretações do alcance da indisponibilidade do interesse público, da interpretação restritiva da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei de Responsabilidade Fiscal, fatores reais e com força inibidora que merecem estudos mais aprofundados.

Para ilustrar, oportuno destacar algumas conclusões originadas da pesquisa empírica efetivada por meio do Programa Pensando o Direito do Ministério da Justiça, com o título *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*, em que foram identificados, apesar de não serem intransponíveis, os principais fatores que dificultam a consensualização na administração pública:

A responsabilidade objetiva do Estado, as restrições à autocomposição e os limites à negociação pela Administração, o pagamento de dívidas através de precatórios, as restrições orçamentárias, a responsabilidade do gestor público (sob o efeito das leis de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa), a indisponibilidade do bem público, a inafastabilidade da jurisdição, e a posição restritiva do Tribunal de Contas quanto aos meios alternativos de solução de conflitos. (GABBAY; CUNHA, 2011, p. 6).

Dito isso, oportuno ainda, com intuito de enriquecer o conteúdo temático, transcrever a interpretação de indisponibilidade do interesse público de Salles (2014, p. 55), no sentido de que:

[...] na realidade o que deve prevalecer é a vinculação ao interesse público, ou seja, sempre haverá a obrigatoriedade de prevalência dos interesses maiores do Estado sobre aqueles dos agentes públicos e particulares na prática de diversos atos administrativos, o que não significa de forma alguma que exista uma reserva de jurisdição ou outra limitação semelhante.

Em resumo, em toda e qualquer solução de controvérsia, prática de ato administrativo, escolhas e políticas públicas, na administração pública, sempre deverá estar presente o atendimento ao interesse público, na conciliação, na mediação, na arbitragem, nos procedimentos e nos processos administrativos, ou mesmo no exercício das atribuições do Poder Judiciário, cujas decisões clássicas unilaterais estão obrigatoriamente vinculadas ao interesse público, mesmo em caso de decisões de questões de natureza individual e privada.

Portanto, é na identificação e na preservação do interesse público coletivo, na conciliação ou na mediação como instrumentos procedimentais técnicos de consensualização que reside a compreensão do alcance efetivo do princípio da indisponibilidade do bem público. Ademais, e por fim, outro aspecto relevante que ainda gera divergências quanto à utilização da conciliação e da mediação na administração pública é o discurso de que, somente por meio da prestação jurisdicional, é permitido discutir direitos e/ou deveres da administração pública.

Contrariamente a tal posicionamento, uma primeira verificação para conjeturar a possibilidade da utilização de métodos procedimentais de consensualização como instrumento para dirimir conflitos pela administração pública ocorre quando se externa a aplicação do que Talamini (2017, p. 297) denomina de

[...] princípio geral da não necessidade da intervenção jurisdicional nas relações de direito público [...], o problema não está na indisponibilidade. Não se contesta que o interesse público, em seu núcleo essencial, é indisponível. A verdadeira questão reside em identificar quanto há de interesse público no caso concreto, ou até, muitas vezes: de qual lado está, o interesse público.

Partindo de tal premissa, os métodos de consensualização da conciliação e da mediação podem se constituir em instrumentos para resolução do conflito e atender ao interesse público, sem que necessária e obrigatoriamente essa solução tenha que ocorrer por meio do Poder Judiciário. Seguindo adiante na concepção de que não existe a obrigatoriedade da intervenção estatal jurisdicional para tornar efetiva a “ocorrência e materialização” do direito na realidade jurídica das relações estabelecidas pela administração pública com outros entes públicos e com a esfera privada, é possível a adequação da conciliação e da mediação como instrumentos de consensualização eficazes, não apenas para resolver a controvérsia, lhe dando fim, mas dirimindo o conflito em plena consonância com a preservação do interesse público, até porque existem várias formas possíveis e adequadas de se garantir o princípio do acesso à justiça, sem que seja exclusivamente pela prestação jurisdicional clássica do poder-juiz.

Para reforçar e proporcionar a segurança jurídica que viabiliza previsibilidade e calculabilidade, externa-se a realidade de que estão sendo editadas, em diversas esferas públicas, leis e regulamentações com o objetivo de processualizar e parametrizar os meios de solução de conflitos, que não a estritamente judicial, como já abordado na Lei nº 13.140/2015 e que conferiu à Advocacia-Geral da União o papel de conciliadora de conflitos. Por exemplo, nesse contexto, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) foi criada, ainda no ano de 2007, no âmbito da Advocacia-Geral da União – instituição responsável pelas atividades jurídicas consultivas e contenciosas relacionadas ao Poder Executivo Federal

–, por resolução interna com atribuições de dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entes da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Desta forma, a CCAF foi instituída pelo Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007, com a missão de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvem a União, suas autarquias, fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais (BRASIL, 2007). Depois, seu objeto foi ampliado e hoje abarca controvérsias entre entes da Administração Pública Federal, e entre estes e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal é também o órgão integrante da estrutura da Consultoria-Geral da União.

Outros sinais e atitudes normativas para vencer resistências, entre tantas outras normas já referidas, como a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB, podem ser conferidos na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 136 de 2019, de autoria de mais de 30 senadores da República, que acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consignando que “o Estado assegurará a adoção de métodos extrajudiciais de conflitos” (BRASIL, 2019a), sob a justificativa de estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. A referida proposta, conforme consulta no site do Senado Federal (www25.senado.leg.br), no dia 12 de outubro de 2021, se encontrava em estado de tramitação, aguardando designação do relator desde 25 de fevereiro de 2021.

A principal justificativa de inclusão da PEC nº 136/2019 está fundamentada no argumento de que os direitos fundamentais precisam de efetividade, e de nada adianta garantir vários direitos aos indivíduos sem lhes fornecer condições concretas e efetivas para sua fruição. Assim, uma vez promulgada pelo Congresso Nacional, a alteração proporcionará *status* de norma constitucional à possibilidade de soluções de controvérsias por meios extrajudiciais com a qualidade de garantia fundamental.

Ademais, a cogente necessidade de tornar a administração pública mais eficiente, aliás, uma diretriz vinculativa para o gestor público derivada do princípio constitucional da eficiência na administração pública, aliada à realidade que externa a crescente e contínua complexidade nas atividades, nas atribuições e nos objetivos dos entes públicos para o cumprimento de suas funções institucionais, impõe-se, atualmente, na busca de celeridade útil e eficaz nas tomadas de decisões e soluções dos conflitos, tanto entre os entes estatais internamente, como nos conflitos originados de suas relações com a esfera privada, aplicando-se de forma balizada e

mitigada diversos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal (1988), com a finalidade de atender com eficiência o interesse da coletividade.

Desse modo, a consensualização essencialmente negocial por meio da conciliação e da mediação, seja em demandas judicializadas, seja em demandas administrativas, se apresenta como instrumentos adequados para contribuir com o cumprimento da finalidade institucional dos entes públicos para atenderem o princípio constitucional da eficiência na administração pública, tão importante quanto os demais princípios diante das extensas demandas da coletividade para alcançar seu bem-estar e desenvolvimento, frise-se, objetivo da República Brasileira, que exigem para suas soluções a eficiência, a utilidade e a celeridade, qualidades que podem ser usufruídas na implementação de métodos concertativos.

Apesar disso, é necessário estabelecer alguns limites, parâmetros, procedimentos e condições que tornem possível a visualização de um caminho concatenado e dinâmico a ser seguido pela administração pública para preservar princípios constitucionais, especialmente, o da segurança jurídica. Nesse objetivo, além do avanço proporcionado pelo Código de Processo Civil, pela Lei nº 13.140/2015, bem como o especial marco representado pela Lei nº 13.655/2018 e pela perspectiva da aprovação da PEC nº 136/2019, aqui referida, existe a importância da normatização correta e adequada dos procedimentos autocompositivos por cada ente da administração, abrigando e regulando os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos e, também, os meios de construção de escolhas administrativas e políticas públicas por um processo participativo democratizado e técnico, fundado na concepção de administração consensual, ambiente de horizontalização dialógico entre administração pública e sociedade, já em gradual construção, sobretudo, na esfera das agências reguladoras.

3 O ESTADO ADMINISTRATIVO REGULADOR CONCERTATIVO CONSENSUAL

3.1 O Estado administrativo regulador complexo e o diálogo com a consensualização

Para situar com mais precisão a acepção que, aqui, se aborda da consensualização, é preciso pontuar diferenças de sentidos terminológicos, conforme referido por Marrara (2017, p. 275):

Consentimento é aceitação; consenso é aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou o acordo sobre um determinado objeto que interessa a mais de um sujeito; a consensualidade, por sua vez, representa o grau de consenso na gestão pública e a consensualização, finalmente, o movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas.

É possível identificar que este trabalho centra na consensualização, na concepção dela se constituir em meio procedimental técnico e dinâmico com a finalidade de se criar e usar métodos de gestão multidualógicos, fundados no consentimento dos diversos atores participantes da solução de um conflito e/ou construção de decisões e políticas públicas. Já Marrara (2017, p. 314) chama a atenção para o fato de que

A criação de espaços de diálogo pode perfeitamente gerar e estimular dissensos. Consenso e consensualidade (como grau de consenso em sentido amplo) são meros resultados eventuais do uso de mecanismos dialógicos. Daí resulta que consensualização é meio; consenso é consequência eventual.

Isso implica realçar que não se deve exagerar depositando, apenas na administração consensual, as soluções para as demandas, devendo haver prudência na defesa de uma sobreposição do modelo consensual em relação ao clássico Estado administrativo unilateral, sendo possível a convivência entre os modelos e a constituição do modelo de consensualização em meio adicional alternativo para o Estado administrativo exercer sua atribuição regulatória.

Dito isso, o primeiro aspecto a destacar é que o Estado administrativo regulatório está comprometido e vinculado com a realização do interesse público, como bem ressaltado por Fachin e Silva (2020, p. 57), quando dizem: “Numa perspectiva funcional, a regulação tem como objetivo principal promover o interesse público, que é alcançado quando se tem a melhor distribuição dos recursos escassos na sociedade, corrigindo falhas, equalizando preços e os seus custos marginais.” E complementam: “A regulação atinge o objetivo quando veicula um processo político eficiente acompanhado de atuação de agências reguladoras eficientes.” Nessa missão institucional, sobressai a sua natureza complexa, exercida com independência e alto

grau diferenciado de tecnicidade e especialização, que exige uma intervenção correta, eficaz e eficiente.

Nesse ambiente de ampliação, modificação e adaptações construído gradualmente nos diálogos entre Estado administrativo, sociedade e ordem jurídica, estimulado por uma realidade mais exigente e necessitada de resultados, identifica-se, nas palavras de Marques Neto (2002, p. 57), que “A regulação, preliminarmente entendida como campo da atuação direta e indireta do Estado sobre o domínio econômico, vive uma profunda mudança de campos, instrumentos e finalidades.” O autor destaca mudanças na noção de serviço público que estimularam o surgimento de influências na forma e no método para exploração dessas atividades e que acabou por atingir fundamentos e instrumentos teóricos para suas explicações pelos estudiosos. Na sequência, apresenta a regulação como

[...] a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas. (MARQUES NETO, 2002, p. 14).

E arremata externando seu entendimento de que “[...] o gênero regulação econômica compreende vários instrumentos e atividades com lastro no texto constitucional como a de fiscalizar, planejar, coordenar, orientar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas [...]” (MARQUES NETO, 2002, p. 14), evidenciando, nessa conceituação, a vastidão de atribuições e a complexidade multidimensional próprias do poder regulatório.

Em verdade, quando se procura estudar as características do poder regulatório no mundo atual e no Brasil, há o risco de precipitadamente afirmar se tratar de um fenômeno novo, mas é necessário visualizar o Estado administrativo regulatório como resultado de uma gradual consolidação de perfil próprio, modelado por meio de experiências no natural processo evolutivo de aperfeiçoamentos, no trato com a realidade. Existe, no poder regulatório, uma identificação de mesclagem e fusão de métodos antigos com novos, sendo de interesse histórico destacar que o modelo de agências regulatórias teve sua formatação inicial no Brasil a partir dos anos 1990, com a implementação da Reforma Gerencial do Estado, através do denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, construído pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE).

Aragão (2013, p. 86-87) aponta para essa realidade ao lançar sua percepção, conforme disposto a seguir:

[...] o Estado tem a seu dispor um grande número de instrumentos regulatórios e que, dependendo do caso concreto, pode lançar mão de instrumentos mais tradicionais, genéricos e coercitivos, ou de instrumentos de elaboração teórica e positiva mais recente, privilegiando a consensualidade e a comunicação com os agentes econômicos envolvidos, podendo ainda conciliar ambas as espécies de instrumentos.

Assim, acrescenta sua ideia de que a regulação estatal teve impulsionamento porque ocorreu e tem ocorrido uma gradual consensualização na administração pública, havendo uma flexibilização na clássica coercitividade unilateral estatal. Essa realidade é captada e apreendida por Santos e Fonseca (2020, p. 175), quando destacam a necessidade de adaptação do direito a uma exigência de se externar de modo

[...] mais responsivo às controvérsias e às incertezas oriundas de tal guinada política econômica, que retirou o poder público de alguns setores relevantes para dar azo à prestação, por parte de pessoas privadas, de serviços de interesse público, tornando frágeis as próprias distinções estanques entre direito público e direito privado.

Os autores alertam para o processo evolutivo pelo qual vem passando e se moldando a administração pública, se tornando mais complexa, “[...] tanto em uma perspectiva *material* (funções exercidas), quanto *institucional* (estrutura policêntrica)” (SANTOS; FONSECA, 2020, p. 175, grifo dos autores), denotando a grande amplitude em suas atribuições. E persistem explicando que, na faceta material, “[...] a demanda ou soluções especializadas e setoriais fez com que competências decisórias antes atribuídas ao legislador sobre setores sensíveis fossem transferidas para o rol de competências das autoridades administrativas.” Institucionalmente, “[...] passou a ocorrer a modelagem e estruturação administrativa fundada em uma concepção orgânica de centros decisórios plurais independentes” (SANTOS; FONSECA, 2020, p. 176), sendo exemplo dessa realidade o modelo das agências reguladoras independentes, investidas de personalidade jurídica de direito público interno, com autonomia administrativa, patrimonial e financeira e com poderes normativos específicos para regulação de contextos jurídicos econômicos de natureza complexa que exigem resultados eficientes.

Palma (2010, p. 181), citando Marques Neto, lembra os dizeres do autor quando este afirma:

Quatro vetores determinaram a transformação da regulação estatal no limiar da Reforma do Estado, quais sejam, (i) alteração dos objetivos da regulação (foco da regulação), (ii) deslocamento do eixo da regulação para o plano horizontal (eixo da regulação), (iii) procedimentalização, transparência e especialidade da regulação (transformações metodológicas) e (iv) introdução de técnica regulatórias inovativas, especialmente na seara contratual (instrumentos jurídicos e administrativos).

E conclui: “Tais vetores manifestaram-se na constituição das Agências Reguladoras e, reflexamente, na conformação de seus processos regulatórios” (PALMA, 2010, p. 181).

No aspecto do deslocamento do eixo regulatório para o plano horizontal referido pela autora, constata-se que a adoção de técnicas e métodos de consensualização no exercício das atribuições regulatórias (como instrumentos para contribuir com a eficiência) se tornou uma realidade concreta efetiva, inclusive, regulados e disciplinados por normas internas pela maioria das próprias agências reguladoras. Em seguida, Palma (2010, p. 182) destaca que “[...] 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.”

No aspecto das transformações metodológicas referidas acima, como um dos fatores impulsionadores das transformações na regulação estatal, está assentada a cogente processualização das decisões regulatórias, abrigo, nesse contexto, a necessária submissão da consensualização a tal processualização como condição de sua validade e eficácia. A autora ainda afirma que, “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.” E persiste verberando que “[...] a previsão dos processos regulatórios corrobora à legitimação do exercício das competências regulatórias”, e lança a constatação de que “[...] os regulamentos processuais das Agências Reguladoras ganham destaque” (PALMA, 2010, p. 184). Isso porque se constituem em uma sistematização normativa interna nas agências para as técnicas de consensualização, inclusive, alguns casos, com participação externa administrativa por meio, por exemplo, de audiências e consultas públicas.

Dito isso, fica aceitável visualizar que o Estado administrativo regulador, diante da realidade jurídica econômica e social que exige uma modelagem específica, reveste-se de grande complexidade por ser obrigado a apreender juridicamente e tecnicamente fatos complexos, multidisciplinares, multidimensionais e diversos, implicando a extensão de suas atribuições que ensejam alta tecnicidade e especialização para obter resultados com eficiência e segurança jurídica. Essa realidade, por sua vez, exige especial, e também complexa, processualização, estimulando um ambiente de surgimento de novos métodos para o exercício da sua legitimidade e eficiência na realização de suas atribuições regulatórias. Uma realidade destacada por Aragão (2013, p. 104) quando aduz que:

Apesar de alguns destes novos modos de legitimação ainda não se terem consolidados inteiramente, há imposições bem claras para que a atuação administrativa, geralmente

técnica, e com ampla liberdade de atuação conferida pela lei, permaneça afinada com os postulados do Estado Democrático de Direito.

Tais ponderações conduzem a reflexões no sentido de constatar que a situação de ampla liberdade de atuação do Estado administrativo exige que a regulação estatal esteja vinculada aos postulados do Estado Democrático de Direito, e parametrizada pela Constituição Federal e pelas demais leis, exigindo-se, nesse ambiente, mais do que atestar a legitimidade regulatória vinculada à ordem jurídica vigente, que seja visualizado o efetivo atendimento às suas finalidades públicas em uma concepção de predominância do objetivo meio-eficaz sobre o preceito-sanção, resultados que são externados por meio de um processo administrativo (ARAGÃO, 2013).

Reforçando a necessidade de tal exigência, Banhos (2020, p. 159) lembra que a Constituição Federal fundamenta a garantia fundamental à boa administração, e esse contexto geral exigível está centrado e fundamentado na garantia da dignidade humana, cujo princípio diretivo reside no princípio da eficiência, mas alerta que “[...] a eficiência não se coaduna com o desprezo ao devido processo substantivo e todo ato da administração somente será válido se for a maneira mais eficiente para a consecução do fim legal respeitadas a proporcionalidade, a razoabilidade, a igualdade e a motivação.”

Aragão (2013, p. 105) complementa chamando a atenção para o contexto de que, para a “[...] legitimação do processo decisório, devem ser adotadas medidas capazes de suprir o déficit de democraticidade da regulação administrativa [...]”, com destaque para necessidade de criação de “[...] um espaço público de discussão mediante, por exemplo, a participação pública na edição dos atos normativos e a obrigação da administração ao expedir o regulamento motivar as recusas às sugestões e críticas da coletividade [...]”, até porque, essa obrigatoriedade já se encontra em várias leis e normas que estão fundamentadas em um conjunto de garantias e justificativas de natureza constitucional, como o pluralismo, a motivação nos atos e nas escolhas administrativas, o direito de petição, o direito de resposta e outros, conforme citado pelo autor.

Aliás, é preciso pontuar que a Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de junho de 1998, prevê de forma clara a norma que possibilita a participação democrática da sociedade na administração pública ao prescrever o seguinte:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, normatizando com destaque: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços; II - O acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo observado o disposto no artigo 5, X e XXXIII, III (CF). (BRASIL, 1998).

Evidencia-se, dessa forma, a normatização constitucional para utilização de instrumentos que viabilizem a participação e o consentimento da sociedade para legitimidade das políticas públicas formatadas e executadas. E, nessa senda, métodos concertativos se habilitam como meios e técnicas para alcançar esse objetivo constitucional.

É fundamental também destacar que a recente Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, traz um conjunto de normas que estimulam o superávit democrático por meio da participação social e da transparência procedimental, com foco na obtenção da eficiência que externa a boa administração no exercício das competências regulatórias. Essa lei apregoa, por exemplo, a realização prévia de AIR, regras específicas que tratam da transparência e do controle social, da previsão de participação da sociedade por meio de consulta pública e audiências públicas, do estabelecimento pelas agências reguladoras por meio de normas internas, de formas e meios de participação do processo decisório, da exigência de disponibilidade de ouvidoria nas agências, entre outras regras que explicitam a concepção do incentivo à participação democrática, o que acaba por pavimentar o caminho da construção das escolhas administrativas regulatórias por meio de um procedimento técnico de consensualização.

Nesse contexto, o diálogo do Estado administrativo regulatório com métodos concertativos de consensualização viabiliza a possível adequação de tais métodos como efetivos meios instrumentais processuais para realização de resultados em suas atribuições tão vastas e complexas. Realidade reconhecida por Palma (2014, p. 144) quando assevera que “[...] a projeção da consensualidade na administração pública desafia o modelo de ação administrativa tradicionalmente utilizado pelo poder público visando à satisfação de finalidades públicas [...]”, constituindo-se em uma das técnicas de gestão contemporânea e do eixo impulsionador de mudanças na atual gestão pública, especialmente no exercício das competências regulatórias.

Nessa perspectiva, Aragão (2013, p. 113) destaca que “[...] a concepção tradicional da irrenunciabilidade dos poderes da administração pública deve ser matizada com os princípios da eficiência e da proporcionalidade.” Isto é, a previsão do poder dever do Estado administrativo exercer atribuições de forma coercitiva, como a vinculação aos princípios da eficiência e da proporcionalidade, não exclui ou retira (ao inverso, estimula) a possibilidade de se adotar outros meios que se permita chegar a atos e escolhas consensualmente com os destinatários diretos (regulados) e indiretos (sociedade em geral) dos seus atos, sempre subordinado ao cumprimento de valores e princípios que direcionam a administração pública, não havendo divergência, mas convergência dialógica dos princípios da administração pública

como fundamentos para seu perfil realizador, por meio de métodos concertativos de consensualização.

Nesse trilha em que se defende a possibilidade do diálogo do Estado administrativo regulador com a consensualização concertada, Moreira Neto (2018, posição 8780) professa que:

A regulação, seja em sua modalidade imposta, da heterorregulação, seja em sua modalidade consensual, da autorregulação pactuada ou, ainda, em sua mais promissora modalidade, que é a autorregulação regulada, de natureza híbrida – parte imposta, parte pactuada – acena comum método que permite uma atuação administrativa, tanto interna como externamente, que alie os requisitos operativos da máxima flexibilidade aos da máxima segurança.

O autor arremata externando que:

[...] o método de decisão negocial, que, de há muito, se apresenta com intenso uso em decisões políticas de governo, passa a ter crescente emprego para certas decisões administrativas gerenciais, notadamente as que se apresentam com maior complexidade, em razão de que oferecem amplas alternativas de ação, seguindo, preferencialmente, uma linha de discussão de alternativas e de busca do consenso entre os interessados na decisão a ser tomada, um dos quais é a Administração competente. (MOREIRA NETO, 2018, ps. 8804).¹

Dessa forma, é patente que o ambiente regulatório se habilita naturalmente como produtor de meios, métodos e instrumentos para contribuir com sua eficiência na construção de decisões e políticas públicas regulatórias. Por fim, assevera que “[...] essa decisão, por ser consensualmente flexibilizada pela discussão aberta e processualizada das alternativas que se apresentem, terá sempre a vantagem de ser a que se apresente com melhores condições de ser mais facilmente aceita e rapidamente implementada” (MOREIRA NETO, 2018, ps. 8804). Sendo assim, é possível concluir que, por esse meio (da consensualização processualizada), a eficiência administrativa (resultados) pode ser realizada com o adicional de um ambiente mais pacífico e equalizado, com maior grau de aceitação pela sociedade, sempre aquela a receber os efeitos diretos e indiretos da escolha regulatória.

Marques Neto (2002), também nessa mesma perspectiva de apreender um Estado administrativo regulador consensual, lança a reflexão que, por força da reestruturação das atribuições e funções do Estado no diálogo com a sociedade,

¹ Por se tratar de obra acessada em um aplicativo eletrônico de leitura, foi inserida a sigla “ps.” em referência à posição em que se encontra a citação.

[...] verifica-se o surgimento de *um novo padrão de atuação regulatória* onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos, dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa dada atividade (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais). (MARQUES NETO, 2002, p. 16, grifo do autor).

E lembra que “Ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais” (MARQUES NETO, 2002, p. 16), se externando um Estado administrativo complexo e multifuncional, como referido no capítulo 2.

Guerra (2018, p. 244) verbera no sentido de propor “[...] a catalogação da escolha regulatória como a categoria de direito administrativo que se apresenta mais próxima das premissas da pós-modernidade [...]” por entender que há compatibilidade com a evolutiva tecnização do Estado administrativo por meio de sistemas complexos, acrescentando que essa administração pública mais tecnicizada estaria acompanhada da adoção mais usual de métodos concertativos de consensualização, não se restringindo a atos de império unilaterais. É possível identificar que o uso de tais métodos não é ocasionado somente pela simples evolução e modernização do Estado administrativo, mas, primeiro, por se constituir em instrumento hábil e possivelmente adequado, adicional/alternativo para concretização da eficiência desse Estado complexificado e multifuncional.

Nesse desenho de ambientação e perspectiva de uma administração regulatória consensual, identifica-se um Estado administrativo regulatório construtor de decisões complexas que, por sua evidente tecnicidade que exige profunda especialização para seu procedimento administrativo e final escolha pública regulatória, faz surgirem conjecturas sobre o(s) procedimento(s) em que serão construídas, decididas e exercidas as competências regulatórias complexas e sobre os possíveis conflitos em sua execução efetiva. Isto porque as decisões regulatórias de natureza complexa, que passam por um também complexo processo administrativo, estão sujeitas a conflitos em suas execuções/realizações, o que provoca questionamentos sobre a possibilidade e a viabilidade de poderem ser ou não objetos de um processo concertativo de consensualização, seja na via administrativa, seja na via judicial.

Binenbojm (2014), ao tratar do déficit democrático, do controle social e da legitimação pelo procedimento, defende que, além do controle exercido pela estrutura institucional dos diversos poderes e órgãos, a participação social pode suprir o déficit democrático nas decisões do poder regulatório das agências independentes, afirmando que essa seria uma maneira possível de reforçar o grau de autoridade das decisões das agências. Trata-se de um caminho que, em sua concepção, “[...] tem sido uma das tentativas de recuperação do lastro de

legitimidade de atuação da administração pública [...]”, embora pondere com a percepção de que, no Brasil, essa participação social democrática tem previsão tímida na legislação que regula algumas agências, mas, por outro lado, identifica que, nesse ambiente, meios de controle social “[...] provocam quase sempre grande repercussão na esfera de interesses dos usuários de serviços públicos e cidadãos inseridos na realidade econômica regulada.” (BINENBOJM, 2014, p. 310-311).

Feitas essas reflexões até o momento, é preciso pontuar a possibilidade de três situações contextuais em que a consensualização procedimental/processual regulatória poderá ocorrer: a) durante a situação do andamento procedimental administrativo *específico* dos estudos, construção e deliberação decisória regulatória, ou seja, durante o procedimento de construção das políticas públicas regulatórias; b) na situação da ocorrência de conflito administrativo na execução/implantação da decisão regulatória resultante do procedimento administrativo finalizado; e c) na situação da ocorrência de conflito judicial relativamente à escolha/política pública regulatória (as duas últimas situações normalmente surgem em razão de resistências de regulados, do seio social, do Ministério Público etc.).

A utilização do método de consensualização durante o procedimento administrativo de construção da decisão (e/ou política) regulatória, bem como em uma situação de conflito apenas na via administrativa, na execução de decisão regulatória, tem sido gradativamente mais usual. A grande maioria dos agentes reguladores já possuem normas próprias específicas, aliadas às normas gerais que viabilizam, autorizam, procedimentalizam e parametrizam os métodos de consensualização em seus âmbitos internos, em suas relações com o mundo privado e mesmo com outros entes públicos, a exemplo da Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019, editada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), hoje gerando menores discussões e objeções à possibilidade consensual como meio para o Estado administrativo regulador atingir resultados com eficiência em suas atribuições institucionais.

Nessa senda, o Estado administrativo regulador, em muitas situações de exercício de seu poder normativo, competências e atribuições regulatórias, poderá construir e editar normas, atos ou escolhas administrativas utilizando-se de procedimento de consensualização dialógico com multiatores, a fim de criar e conduzir determinada política pública regulatória, seja fiscalizando, planejando, coordenando, seja orientando, coibindo condutas, regulamentando e/ou fomentando atividades econômicas com efeitos diretos e indiretos, com grande influência na vida das pessoas. Normalmente, tratam-se de escolhas administrativas com natureza complexa de alta tecnicidade, por sua própria natureza, conteúdo e extensão interventiva jurídica-econômica reguladora.

Nas palavras de Jordão (2016, p. 34), “[...] nos países de tradição jurídica de direito administrativo esta complexização se acentuou nas últimas três décadas paralelamente a afirmação do novo modelo de Estado Regulador”. O autor constata que, sob uma perspectiva material, os atos da administração pública passam por progressivo processo de complexificação que impõe a necessária implementação de soluções técnicas e especializadas que acabam por conferir transferência de competências por meio de delegação para diversos atores e não apenas para autoridades administrativas. Já institucionalmente se verifica que o Estado administrativo regulatório avança em direção às estruturas decisórias plurais, autônomas, independentes, uma pluralidade de centros com características específicas e peculiaridades próprias com natureza técnica altamente especializada, já se falando em administrações públicas, no plural, para representar tamanha amplitude institucional e diversidade em suas características.

Esse desenho até aqui traçado acaba por exigir reflexões sobre as possíveis soluções nos casos de conflitos administrativos (embora os métodos de consensualização como alternativas estejam sendo gradualmente normatizados e implementados nas agências). Além disso, esses conflitos se transportam para o controle judicial, tendo como objeto de controle o Estado administrativo regulador contemporâneo, que gera e produz decisões regulatórias complexas que passaram por procedimentos específicos diferenciados de alta tecnicidade para suas criações.

3.2 A experiência administrativa do Estado regulador com a utilização de métodos de consensualização: uma análise parcial da Resolução ANTT nº5.845/2019

Atualmente, a estrutura institucional regulatória no país é dotada de uma vasta composição de agências com competências normativas muito amplas, sendo válido destacar e identificar as existentes de forma resumida para uma fotografia deste contexto. São elas: 1) Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, regulamentada pelo Decreto nº 2.235/1997, dotada da finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e as diretrizes do governo federal; 2) Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), instituída pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.338/1997, possuindo como atribuições o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos da órbita e do espectro de radiofrequências; 3) Agência Nacional do Petróleo (ANP), instituída pela Lei nº 9.478, de 6 de

agosto de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.455/1998, dotada da competência para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo; 4) Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro 2000, regulamentada pelo Decreto nº 3.327/2000, dotada da competência para normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde; 5) Agência Nacional de Águas (ANA), instituída pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, regulamentada pelo Decreto nº 3.692/2000, dotada da atribuição de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH); 6) Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), instituída pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.029/1999, dotada da atribuição de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário, da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, especialmente das indústrias de medicamentos e cosméticos, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras; 7) Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), instituída pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.130/2002, dotada das competências funcionais de fiscalizar a prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário e ferroviário; 8) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), instituída pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.122/2002, dotada de competência destacada para fiscalizar os serviços públicos prestados em portos; 9) Agência Nacional do Cinema (Ancine), instituída pela Medida Provisória nº 2.228, de 6 de setembro 2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.121/2002, dotada do objetivo institucional de fomentar, regular e fiscalizar a indústria cinematográfica e videofonográfica; 10) Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), instituída pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, regulamentada pelo Decreto nº 5.731/2006, dotada das atribuições institucionais de regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e infraestrutura aeronáutica e aeroportuária.

Sinais regrativos contundentes apontam para procedimentos alternativos que trazem a concepção da consensualização, podendo ser encontrados em diversas regulações normativas internas de agências regulatórias em geral, que passaram a conter diretivas procedimentais exigindo a participação externa da sociedade, a qual poderá expressar suas preferências antes da emissão ou da execução de políticas/decisões públicas regulatórias. Algumas possuem normas internas que disciplinam essa técnica de atuação por consensualização, destacando as audiências públicas e o modelo proporcionado pelos acordos substitutivos de sanção. Trata-se de uma exigência a ser cumprida para legitimação decisória regulatória, sendo, inclusive,

exigência dos tribunais no exercício do controle judicial do poder regulatório, não sendo incomum a anulação de decisões regulatórias que não tenham cumprido essas garantias do procedimento essencialmente mais participativo e democrático.

Aqui se destaca, ilustrativamente, os mecanismos de participação e controle social por meio de audiências públicas (mecanismo que coleta ideias e sugestões de pessoas e grupos), consultas públicas (mecanismo para ouvir opiniões públicas sobre temas de interesse público anteriormente à edição de normas) e conselhos consultivos (instituição orgânica de participação social com composição da sociedade e representantes daqueles a serem atingidos pela futura decisão regulatória), previstos nas legislações específicas de várias agências, entre elas, a ANEEL e a ANP.

É interessante, aqui, transcrever informações veiculadas na página de participação pública da ANEEL (www.aneel.gov.br/participaçãosocial), especialmente, ao definir e dar a dimensão das finalidades dos procedimentos da Tomada de Subsídios, Consulta e Audiência Públicas, demonstrando preocupação com o superávit democrático em suas decisões administrativas. Nessa página do seu domínio, a agência se refere à Tomada de Subsídios como o “[...] momento inicial de estudo e prospecção por parte das Superintendências da ANEEL, ou de aprofundamento de estudo já realizado, no qual se dará a coleta de dados e informações sobre tema de interesse da Agência.” Ao se referir à Consulta Pública, descreve que “[...] representa um estágio mais avançado de discussão, no qual a Diretoria da Agência submete minuta de norma, de contrato de concessão, ou de Relatório de Análise de Impacto Regulatório (AIR) à apreciação da sociedade.” Sobre a Audiência Pública, esclarece que é a “[...] ocasião por meio da qual a Diretoria forma juízo ou toma decisão sobre matéria relevante, podendo ser entendido, também, como um estágio mais avançado de discussão.” E continua informando que, no caso de Audiência Pública, “[...] a Diretoria convida a sociedade a apresentar suas contribuições, exclusivamente, por meio de manifestação oral em sessão pública [...]”, podendo acontecer várias reuniões (ANEEL, 2021).

Um exemplo remoto dessa preocupação de se buscar um superávit democrático ocorreu quando obrigações procedimentais foram ampliadas e exigidas, na Itália, a partir da imposição de se instaurar uma AIR antes da promulgação e da exigibilidade da escolha regulatória. Tal exigência também foi adotada no Brasil. Sobre esse assunto, Jordão (2016, p. 121) lembra que “[...] a obrigação de proceder a uma AIR é vinculada não apenas à legitimação democrática e à participação mas também à necessidade de promover uma boa regulação.” Exigência essa relacionada à ideia de boa administração, havendo um ambiente para obtenção mais qualitativa e fidedigna de informações mais diversas e amplas, gerando mais qualidade na decisão

regulatória. O autor completa dizendo que “[...] a garantia de generosos direitos de participação permite às autoridades administrativas conhecer as preferências dos administrados pelo que facilita que a decisão final lhe seja aderente [...]” (JORDÃO, 2016, p. 118).

É possível arrematar que a complexidade característica das decisões regulatórias, tratada em 3.1, aliada à sua natureza eminentemente interventiva na vida das pessoas e, mais ainda, pela já existência de normas que impõem a transparência, a participação e o controle social (veja a Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras), são fatores determinantes e impulsionadores das técnicas procedimentais de consensualização, tanto na fase procedimental interna de construção da decisão regulatória quanto na existência de um conflito administrativo ou judicial.

Quando se está diante do assunto consensualização nas agências reguladoras, há que se diferenciar a vertente do procedimento de construção da decisão/política regulatória em seu âmbito interno, que exige superávit democrático para se chegar a uma decisão final consensual (em que não há necessariamente o conflito), e a vertente do conflito/resistência referente à norma/decisão/política pública em sua validade ou aplicabilidade, situação em que algumas agências podem aplicar sua normatização interna de métodos para solução consensualizada. Para a segunda situação de conflitos, por exemplo, em relação à Agência Nacional de Transportes Terrestres, existe a percepção clara de que adotar soluções de resolução de controvérsias como mediação, conciliação e arbitragem poderia contribuir em muito para atingir as suas finalidades institucionais e, conseqüentemente, atender o interesse público, percepção que se retira dos termos da Resolução ANTT nº 5.845/2019 (BRASIL, 2019b).

Nesse contexto, lançando um olhar atento para as disposições gerais dessa resolução, que estabeleceu os regramentos para os processos de resolução extrajudicial de controvérsias entre a agência e seus regulados, como referência principal de análise deste subcapítulo, é possível constatar que elas demonstram objetivamente a preocupação sobre a questão da indisponibilidade do interesse público, aliás, fator essencial (e principal fonte de divergências para a permissão da consensualização na administração pública) para eficácia no que se propõe ao regular métodos concertativos.

A Resolução ANTT nº 5.845/2019 trata expressamente de matérias presentes nos debates que envolvem a utilização de métodos de consensualização no poder regulatório, trazendo, em sua normatização, a pretensão de suplantar, e mesmo superar, algumas controvérsias utilizando o método de especificação das matérias sujeitas à consensualização por meio de um procedimento próprio. Dando atenção especial aos artigos inseridos nas disposições gerais da referida resolução, primeiramente ao art. 2º, vê-se que se adota o método de detalhar

taxativamente o que se entende ou se classifica como direitos patrimoniais disponíveis sujeitos ao procedimento de consensualização regulado. Assim, nessa linha, com intuito regulatório específico, é definido o que seria “direito patrimonial disponível” em contratos de concessão sob a regulação da Agência Nacional de Transportes Terrestres e, portanto, passíveis de submissão a esse procedimento. Ficaram definidas como tal o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos; as indenizações decorrentes de extinção ou transferência dos contratos; as penalidades contratuais e seu cálculo, bem como as controvérsias advindas da execução de garantias; o processo de relicitação nas questões que envolvam o cálculo de indenizações e questões relativas ao inadimplemento contratual, delimitando/parametrizando, assim, o objeto e a matéria que pretendem estar submetidos aos seus termos normativos.

Além dessa delimitação do objeto e da matéria sujeitos à consensualização, também, prevendo situações que possam ocorrer quando do curso da execução de um contrato, o parágrafo único do art. 2º traz o seguinte texto, *in verbis*:

Parágrafo único - Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem compromisso arbitral, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no art. 12. (BRASIL, 2019b).

Ampliando mais ainda a sua intenção de parametrizar e delimitar o objeto a ser regulado, o art. 3º da Resolução da ANTT nº 5.845/2019 prevê especificamente e expressamente as questões que “não” serão submetidas aos procedimentos regulados pela referida resolução, catalogando as questões relativas a direitos indisponíveis não transacionáveis; a natureza e a titularidade públicas do serviço concedido ou permitido; o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado; o pedido de rescisão do contrato por parte da concessionária.

Possível perceber, dessa forma, que a resolução analisada adota uma técnica específica e clara, deixando translúcido que, ali, está se tratando somente de direitos patrimoniais disponíveis ao listar taxativamente as questões que poderão ser submetidas ao procedimento regulado pela mesma e as questões que não poderão ser submetidas. Há, desse modo, o aberto intuito de estabelecer parâmetros bem definidos, identificando especificamente as matérias a serem submetidas ou não a tal procedimento. Também atenta à processualização, a normativa estabelece, no art. 5º, que: “Os procedimentos de autocomposição e de celebração de compromisso arbitral se iniciam com o protocolo de solicitação escrita dirigida à ANTT”, devendo indicar: “I - as partes envolvidas; II - a descrição detalhada dos fatos; III - os pedidos;

IV - os documentos comprobatórios; V - quais informações devem ser consideradas sigilosas; VI - expressa anuência com os termos desta Resolução” (BRASIL, 2019b).

Ainda nesse mesmo movimento de parametrizar um caminho específico, definiu-se o procedimento para se requerer e instaurar o processo de mediação a partir do art. 8 ao art. 11, o qual, primeiramente, deve estar sujeito à decisão de acolhimento pela Diretoria Colegiada da ANTT, com a concomitante condução pela Advocacia-Geral da União, como define os documentos que devem ser disponibilizados e publicados em seu site para garantir o princípio da publicidade ao procedimento.

Oportuno destacar que, em seu artigo *Negociação proba no direito administrativo brasileiro: a superação do jogo de soma zero*, Freitas (2018, p. 115-123, grifo do autor) é enfático ao escrever: “*A experiência acumulada evidencia que formas alternativas de resolução das disputas, em que pesem naturais resistências, funcionam muito bem, desde que palmilhadas sob a vigilância de tempestivos controles.*” Esses “tempestivos controles” poderão ser viabilizados no decurso do tempo com o incremento de necessárias regulamentações, a exemplo da Resolução ANTT nº 5.845/2019, aqui, tratada, com o objetivo de proceder à “normatização” das bases, das condições, dos parâmetros e dos procedimentos que possam viabilizar a efetividade de tais meios de resolução de demandas como instrumento normativo condutor e procedimental.

Multiplicam-se as normatizações nesse sentido, nas diversas esferas estatais, o que contribui para o acultramento da prática da justiça multiportas na administração pública, conferindo-lhe robustez, viabilidade e credibilidade como um dos instrumentos a serem utilizados para dirimir conflitos, fazendo justiça com apreço e respeito ao interesse público.

4 A ESCOLHA ADMINISTRATIVA REGULATÓRIA JUDICIALIZADA E A POSSÍVEL PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUALIZADA

4.1 A discricionariedade administrativa regulatória judicializada e alguns instrumentos para a solução mais democratizada

Necessário proceder a uma breve contextualização pertinente ao controle judicial da administração pública em geral e, posteriormente, a sua perspectiva regulatória para bem situar o ambiente e o foco da matéria a ser abordada neste item dissertativo.

Com o advento da Constituição Federal (1988), novos princípios foram constitucionalizados, o que veio ampliar o controle da atividade administrativa. Recentemente, tem-se verificado uma ampliação do controle judicial dos atos administrativos com base em uma releitura daqueles mesmos princípios constitucionais, acarretando uma redução tão significativa na discricionariedade administrativa que muitos doutrinadores vêm sustentando que já não subsiste mais o conceito de mérito administrativo como limite ao controle judicial dos atos administrativos. Moraes (2006, p. 13) defende que “À medida que as normas básicas do Direito Administrativo foram constitucionalizadas, alargou-se a possibilidade de interpretação judicial desses institutos, ampliando-se a ingerência do Poder Judiciário em assuntos tradicionalmente da alçada do administrador.”

A “[...] principalização do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade” (BINENBOJM, 2014, p. 212). Dessa forma, há o entendimento de que, se os atos administrativos vinculados estão adstritos à lei, os atos discricionários estão diretamente vinculados aos princípios e por eles regulados e limitados.

A discricionariedade significa que a Administração pode escolher alternativas diferentes, todas elas conformes ao direito; todavia, em determinado caso, ela pode deparar-se com a redução de sua possibilidade de escolha a uma alternativa, se todas as outras resultarem vedadas por incidência de princípios. (BINENBOJM, 2014, p. 233).

Sarmiento (2010, p. 209) vai mais além ao lecionar, de forma enfática, que

[...] conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizadas, senão plenamente superadas, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais como o da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência.

Por outro lado, deve-se também considerar a existência, no sistema jurídico atual, de limites incidentes sobre a atuação administrativa, que, nas palavras de Sady (2018, p. 19), parametrizam “as distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas”, apontando como tais parâmetros “[...] os princípios, as regras e as teorias jurídicas existentes no campo de atuação do administrador, de modo que impeçam o desvio da lei, dos valores consensualmente aceitos e da moralidade (legalidade legitimidade e licitude)”, visualizando que os atos da administração pública executados em um Estado Democrático de Direito estarão sob a égide vinculativa da ordem jurídica vigente.

Sady (2018, p. 20-21) ainda defende que “[...] todas essas formas de subjetividades ou autonomias públicas devem, em primeiro lugar, estar sempre vinculadas à busca dos interesses públicos, à função de boa administração, à obtenção de eficiência e de uma administração de resultado [...]”, e pontua que, nesse contexto, o administrador público, simultaneamente a esse agir parametrizado, detém poder, atribuições e competências para que possa realizar e disponibilizar uma boa administração com eficientes resultados.

Assim, nessa ordem de ideias, se assiste a uma postura mais interventiva e sindicante do Judiciário no tocante ao exercício de controle do Estado administrativo em seus atos, escolhas e políticas públicas. Quando o regramento do sistema jurídico vigente não atinge todos os aspectos de atuação administrativa, deixa margem de liberdade para a autoridade tomar decisões diante do caso concreto. Deste modo, diferentemente do poder vinculado, em que o administrador público encontra-se inteiramente parametrizado ao enunciado da lei, no poder discricionário, a lei não estabelece um único comportamento estanque e possível a ser adotado em situações concretas, mas concede razoável espaço de liberdade de ação ao administrador, que seguirá critérios de justiça, equidade, conveniência e eficiência, objetivando sempre a garantia do interesse público com vistas a uma boa administração pública, ficando passível, nesse contexto, de controles, entre eles, o judicial.

Os conceitos de “legalidade” e “discricionariedade” sempre estiveram intimamente ligados, pois aquele permeia e delimita este último. Assim, alguns defendem que, quanto maior a extensão do princípio da legalidade, menor será o campo destinado à discricionariedade, sendo esse o entendimento clássico sujeito a divergências, pois há quem diga que, por força da maior complexificação e ampliação nas necessidades sociais, o clássico princípio da legalidade se ampliou para um contexto de juridicidade unitária que, também, provocou a ampliação da discricionariedade administrativa e que, por sua vez, tornou mais complexo e amplo o controle judicial.

Fundamental destacar o entendimento de Di Pietro (2013, p. 11) sobre o contexto da discricionariedade administrativa, defendendo, de forma didática, que “[...] ainda é possível falar em discricionariedade administrativa, ainda que esta tenha sido paulatinamente reduzida desde que foi concebida na primeira fase do Estado de Direito.” A autora segue seu raciocínio verberando que “Houve considerável ampliação do princípio da legalidade, acompanhada da redução da discricionariedade administrativa e do próprio conceito de mérito.” E elenca o que entende como fatores que estimularam essa redução no curso do tempo, citando a aplicação das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes, a constitucionalização dos princípios da administração pública, a adoção da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e o “[...] reconhecimento de que os direitos sociais têm um mínimo de efetividade que decorre diretamente da Constituição.” Entretanto, é possível defender que a administração pública ainda possui algum nível de atribuição discricionária por meio da aplicação dos “[...] conceitos jurídicos indeterminados, levando em conta principalmente os princípios da razoabilidade e da motivação.” (DI PIETRO, 2013, p. 11).

Perez (2018, p. 41), indo por outra vertente de análise, parte da constatação de que “[...] a Administração contemporânea está indissociavelmente ligada ao exercício constante da discricionariedade”, considerando o mundo complexo da discricionariedade administrativa e o “[...] aumento do número de atividades desenvolvidas pela Administração – sem deixar de considerar a complexidade do ambiente social e econômico no qual essas atividades são executadas [...]”, mas prefere defender que “houve um aumento natural das hipóteses de discricionariedade”. Sendo assim, o autor professa:

Esse quadro estimula a multiplicação das hipóteses de discricionariedade, pois quanto mais complexos e variados forem os enfrentamentos cotidianos integrantes da pauta das autoridades públicas, menos possível (e talvez menos conveniente) ao legislador será pré-determinar condutas exatas a serem implementadas em cada futura e hipotética circunstância de fato. (PEREZ, 2018, p. 42).

Tal assertiva permite concluir e constatar pela identificação de um possível mundo de escolhas e decisões administrativas discricionárias, mais vasto e ampliado, sujeito à sindicabilidade jurisdicional mais complexa, até porque

Constrói-se, dessa maneira, um sistema jurídico mais interessado no atingimento de escopos gerais, identificados não só a partir do processo legislativo, mas também das demais fontes geradoras do direito administrativo (e.g. a Constituição, os precedentes jurisdicionais, os princípios jurídicos), sistema este mais flexível, processual, aberto ou dialógico, teleológico e, acima de tudo, mais discricionário. (PEREZ, 2018, p 42-43).

Nesse ambiente contextual, seja partindo da ideia de que houve redução da discricionariedade administrativa diretamente proporcional à ampliação da legalidade, seja da ideia de que hoje há uma ampliação das hipóteses de discricionariedade dada a complexidade da administração pública mais exigida em resultados, o Estado Democrático de Direito atualmente estabelecido se sujeita, de modo que se deve observar um direito sistêmico e dialógico composto por regras e, também, por princípios intercomunicantes balizadores, que passam a condicionar e parametrizar o exercício do mérito administrativo, sujeito ao controle judicial, também parametrizado por essa mesma diretriz.

É pacífico o entendimento de que é possível que os atos discricionários sejam controlados pelo Judiciário no que tange a sua legalidade e legitimidade nesse contexto. A divergência está quando se fala na extensão desse controle, no âmbito do mérito administrativo, sendo interessante destacar a ideia professada por França (2016, p. 168), ao verberar que

[...] o poder discricionário da administração pública (ou a característica discricionária do ato administrativo) se conforma no momento em que a lei estabelece a possibilidade de o gestor público escolher como poderá realizar o interesse público a ser concretizado a partir dos valores do Direito; como proporcionalidade, por exemplo.

Mas essa liberdade decisória não é equivalente a não possibilidade do seu controle judicial, não havendo porque questionar sua sindicabilidade, mas sim “[...] a operacionalização e a materialização dessa fundamental atividade estatal” (FRANÇA, 2016, p. 160).

Sady (2018, p. 161) faz uma constatação afirmando que, “[...] quando se trata de controle judicial da administração, a conduta controlada é administrativa e o parâmetro é todo o direito [...]”, aduzindo que “[...] a tarefa do controlador consiste em verificar se o exercício da margem de liberdade do administrador observa ou não os limites com que o direito demarca essa liberdade.” Isso possibilita concluir que a missão do controle jurisdicional é verificar se houve exorbitância no exercício do poder administrativo, considerando um macro ambiente sistêmico de ordem jurídica unitária, incluindo-se o cuidado de se observar os arts. 20 e 21 da Lei nº 13.655/2018, cujo conteúdo prioriza que se observe, no controle judicial, as consequências práticas da decisão, especialmente se fundamentado em valores jurídicos abstratos.

Perez (2018, p. 45) delimita bem essa questão quando diz que “A ampliação do conceito de legalidade desempenha um papel importante, nessa perspectiva, pois alarga as amarras da atuação do administrador público para muito além da lei formal, enquanto ato sufragado pelo Legislativo.” Dando seguimento ao seu raciocínio, o autor defende:

O vínculo direto com as normas e princípios constitucionais, com os próprios regulamentos, com precedentes administrativos e jurisdicionais, entre outras fontes ou formas de expressão do direito administrativo aumentou o poder de controle jurisdicional da legalidade e, logo, da discricionariedade. (PEREZ, 2018, p. 45).

Nesse contexto de ampliação da legalidade, também se aumenta a lente de análise e observação pela administração pública (ampliada nas funções e na discricionariedade para cumprir suas funções) para legitimação dos seus atos. E, quando há reação, acaba por gerar mais intervenção jurisdicional com a consequente sobrecarga do Poder Judiciário, emergindo um ciclo vicioso automatizado sob forte questionamento quanto aos resultados, eficientes ou não.

É preciso apreender que a Constituição Federal fundamentou e estimulou a ampliação da complexidade do controle jurisdicional da administração pública, que, indo além da somente clássica verificação da legalidade no sentido estrito dos seus atos e escolhas, passou a “[...] questionar a legitimidade, a economicidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência e os resultados” (PEREIRA JUNIOR, 2009, p. 48).

Bucci (2009, p. 19), ao escrever sobre o controle judicial de políticas públicas, afirma:

De um lado, considero perigosa a tônica preponderante do controle, que tende a tornar mais robusto o não-fazer do que o fazer do poder público. Essa tônica reforça a oposição entre a Administração Pública, responsável pela outorga de prestações, e os cidadãos. De outro lado, o desejável, na minha opinião, na linha da construção da Administração pública democrática, seria fomentar mecanismos de coordenação e produção de consenso ou da explicitação e processamento do dissenso, quando aqueles não são possíveis. Nesse sentido os modos de organização e processamento das decisões do poder público, em especial o Poder Executivo, carecem de vigorosa modernização, para o que se reclama a presença da teoria jurídica. O controle judicial das políticas públicas é possível, mas limitado. Do ponto de vista estrito, trata-se do controle judicial, que configuram políticas públicas.

Ademais, não se pode perder de vista que a Lei nº 13.655/2018 (LINDB) trouxe a aplicação do consequencialismo no contexto dos atos administrativos, destacando o normativado em seu art. 21, ao prescrever: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas” (BRASIL, 2018). Seu parágrafo único acrescenta:

A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (BRASIL, 2018).

Fica evidente o reforço à possibilidade do controle judicial mais ampliado, parametrizado pela exigível racionalidade, responsabilidade e análise consequencial no momento de se invalidar e controlar atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, o que vem colaborar com a realização dos resultados com eficiência e segurança jurídica. Efetivadas essas ponderações, vê-se que há um consenso quanto a possibilidade do controle judicial do Estado administrativo, mas, parametrizado e conduzido pela ponderação principiológica constitucional, balizada pelos diversos princípios da administração pública como a legalidade, a proporcionalidade e a eficiência, aliados à exigência de segurança jurídica no atendimento do interesse público.

Dessa forma, transferem-se e aproveitam-se integralmente todas as fundamentais assertivas deduzidas até o momento sobre o controle judicial na esfera da administração pública em geral para a esfera do Estado administrativo regulatório. Entretanto, existem peculiaridades a serem observadas em seu contexto ambiental específico em razão de fatores diferenciais estimulados por sua complexidade.

Cabe lembrar algumas características próprias das agências reguladoras, que já permitem visualizar seus diferenciais, como o fato de possuírem a natureza qualificada de autarquias de regime especial, providas de autonomia patrimonial, financeira, administrativa e decisória. Também têm independência em relação ao Executivo, e seus dirigentes são nomeados com prazo de mandato certo, sendo proibida a exoneração *ad nutum*, o que fortalece sua independência. Já sua independência administrativa se externa no conjunto dos seus aspectos da autonomia de gestão, da autonomia financeira, do regime de pessoal compatível e da liberdade para organizar seus serviços. Importante, também, afirmar que as agências reguladoras são dotadas de autonomia decisória que se realiza de forma concreta na sua competência para solucionar conflitos administrativos internamente por meio de órgãos próprios internos.

O certo é que, entre as diversas e amplas competências conferidas às agências reguladoras, torna-se proeminente a sua competência normativa, lastreada em seu poder normativo específico, que edita normas gerais, abstratas e infralegais, aliás, competência normativa fundamental e necessária para realização da regulação. Essas características são capazes de indicar alguns diferenciais específicos do poder regulatório que tornam seu controle judicial mais complexo e exigem uma espécie de alargamento de visão e conhecimento multidisciplinar do controlador judicial.

Normalmente, esse controle judicial se dá de forma positiva ou negativa. O controle positivo se revela por meio da anulação ou invalidação de uma específica escolha administrativa

regulatória, por meio de um ato judicial controlador que substitui o ato administrativo regulatório invalidado. O controle judicial negativo externa-se quando o controlador faz a opção de exclusivamente dizer que a escolha administrativa está eivada de vício, declarando sua invalidade sem intervir na definição de nova escolha regulatória, deixando em aberto, não determinado. Nesse retrato, destaca-se que Fachin e Silva (2020, p. 57) observam o fato de que: “No que pertine ao controle judicial das atividades regulatórias, em geral, se faz um questionamento em relação ao ato final de uma agência reguladora.” Assim, explicam: “O Poder Judiciário é instado a examinar uma resolução, a aplicação de uma sanção ou até mesmo uma norma procedimental. Em outros casos, questiona-se a falta de atuação da agência ou a sua demasiada lentidão em julgar os procedimentos administrativos.”

Quanto à possibilidade de demanda originada de omissão ou morosidade procedimental nas agências, ela é quase inexistente, mas é sua ação que normalmente é sujeita à sindicabilidade judicial, situação em que Fachin e Silva (2020, p. 57) identificam a amplitude e a extensão de tal controle judicial: “Diante da decisão de uma agência o Poder Judiciário pode ter um maior ou menor grau de deferência e concluir simplesmente pelo afastamento da decisão, determinando que a agência produza outro ato ou simplesmente anule o ato, deixando a situação em aberto.” Assim, acrescentam que “[...] em alguns casos o juiz se substitui a agência e edita ato de feitio regulador, situação que geralmente representa muitos desafios tendo em vista as denominadas sentenças estruturantes [...]”, o que acaba tornando possível uma lesão ao princípio da reserva da administração, implicando a intervenção do controlador judicial em competência própria do Poder Executivo (FACHIN; SILVA, 2020, p. 57).

Também, nem que seja de forma sintética, é importante apreender e ter uma noção do papel a ser realizado pelo controlador judicial. Sobre esse aspecto, sobressai o entendimento de Pereira Neto, Lancieri e Adami (2014, p. 165), que vislumbram o controlador judicial do poder regulatório atuando em duas frentes, ou seja, agindo na condição de “árbitros da relação das agências com outros atores institucionais” e definindo “a própria moldura da atividade regulatória dessas autarquias”, destacando, especialmente, sua função fiscalizatória e revisional dos atos da administração pública regulatória. Os autores explicam que, nessa função arbitral, podem surgir diversos conflitos do poder regulatório e o Poder Executivo, entre agências diversas, e com diversos entes federativos em que se discutem âmbitos territoriais de competências e extensão de atribuições, atuando o Judiciário como “árbitro dos conflitos institucionais que delimitam o espaço regulatório” (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014, p. 169).

Ao abordarem a atuação do controlador judicial definindo o ambiente da atribuição regulatória das agências reguladoras, os autores lembram que, além de sua atuação arbitral nos conflitos entre entes federativos, também atuam para “[...] delimitar os parâmetros materiais de atuação das agências reguladoras ao exercer sua atividade de revisor das decisões proferidas por essas autarquias” (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014, p. 169), ou seja, o controlador judicial vai verificar a sua conformação com a ordem jurídica vigente.

Verdade a ser considerada nesse contexto é que, nas palavras de Santos e Fonseca (2020, p. 177), “[...] os agentes Reguladores gradativamente têm assumido mais competências e, especialmente em países em desenvolvimento, passam a ser cobrados não só pela conformidade do seu agir com a lei (legalidade de suas ações), mas, igualmente, pelos resultados que entregam”, modificando e ampliando o parâmetro centrado na legalidade para incluir o parâmetro da eficiência no resultado da atribuição regulatória, aspecto que implica maiores desafios (a tecnicidade, a alta especialização, a complexa multi e interdisciplinaridade exigidas) para o exercício do controle judicial específico, relativamente à implantação e execução das escolhas e políticas públicas regulatórias.

Esse controle judicial do poder administrativo regulatório pertinente às escolhas e às políticas públicas traz especificidades em sua operacionalização que exige método diferenciado a ser adotado pelo controlador judicial, pois, embora seja fato que essa complexidade é fator dificultador para solução do conflito, até porque é comum a inexistência de elementos ou de demonstração fática de relevância nos autos do processo judicial, sempre terá que se dar e disponibilizar uma resposta à provocação da prestação jurisdicional, por vinculação ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, como cláusula pétrea constitucional prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Sabido que o acerto e o bom resultado da escolha regulatória, nas palavras de Cyrino (2018, p. 249), “[...] dependerá da comprovação empírica do acerto das prognoses consideradas para uma determinada regulação”, o autor conclui que “[...] prognoses e consequências devem ser elementos de análise pelo juiz no controle da intervenção do Estado na economia, tanto no nível legislativo quanto em nível regulamentar, notadamente nos espaços de ductilidade constitucional.” E para a necessária verificação dos elementos reais existentes para interpretação e aplicação da ordem jurídica, o exame da proporcionalidade poderá contribuir com essa metodologia interpretativa, conforme constata, ao dizer: “[...] um exame da proporcionalidade, tão difundido no Brasil, evidencia isso, pois traz à tona aspectos que inevitavelmente levarão à consideração sobre as prognoses da intervenção, em face das reais consequências das medidas.” (CYRINO, 2018, p. 249). Ou seja, o controlador judicial deverá

proceder à coleta e à análise de dados e elementos mínimos que sejam suficientemente bastantes para decisão informada bem fundamentada, dialogando/comunicando/acessando com os elementos da realidade e, sobretudo, com suas consequências.

Como um dos instrumentos para viabilizar esse acesso à realidade para melhor informar e qualificar o resultado do controle judicial de uma decisão interventiva regulatória econômica, existe, por exemplo, a possibilidade do *amicus curiae*, no âmbito do controle de constitucionalidade, previsto no art. 7, § 2, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o que permite o acesso e a coleta de informações relevantes trazidas nos autos por aqueles que, ainda que sem legitimidade ativa processual, serão destinatários em maior ou menor grau daquela decisão emitida pelo poder controlador judicial e poderão contribuir com a construção da decisão judicial qualificada informada. Também, em outro exemplo, é facultado ao STF, no exercício do controle de constitucionalidade concentrado, proceder ao chamamento de experts técnicos de diversos campos de conhecimento, dotados e munidos de elementos relevantes para sedimentar o acesso à realidade no curso processual, podendo adotar e realizar audiências públicas e a formalização de depoimentos, conforme o art. 9 da mesma lei.

Dito isso, se torna fundamental destacar as palavras questionadoras de Cyrino (2018, p. 255):

[...] reconhecendo-se a necessidade de considerar não só argumentos jurídicos no controle judicial, como também elementos outros de teor empírico/pragmático, porque que não desenvolver instrumento de mesma inspiração para quando se estiver diante do controle dos atos dos órgãos reguladores? Não seria a intervenção das entidades reguladoras em processos judiciais (sejam eles abstratos, sejam eles concretos), da maior relevância, em casos de maior complexidade técnica, ou mesmo em hipóteses de difícil verificação, pelo Poder Judiciário, dos efeitos sistêmicos de sua decisão?

O autor defende essa ideia afirmando ser necessário viabilizar meios para participação efetiva de órgãos reguladores com suas naturais tecnicidades, bem como terceiros adequados e úteis para municiar o controlador judicial regulatório com elementos e informações para “[...] uma tomada de decisão informada de estatísticas, análises empíricas e estudos técnicos em geral [...]”, propondo, assim, “uma solução dialogal”, para que se visualize, com profundidade exigível, “[...] a juridicidade da intervenção do estado na economia quer por meio legal, quer por meio de ato normativo de agência reguladora.” (CYRINO, 2018, p. 255).

Destaque-se, também, como mais um exemplo possível de instrumento colaborativo do controle judicial mais eficiente, o previsto no art. 5 da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, que permite a participação de pessoas jurídicas de direito público da União em demandas cujos

objetos possam ter o potencial de provocar algum impacto econômico, o que permite a possibilidade de agências reguladoras atuarem como *amicus curiae* regulatórios, que podem contribuir com a elucidação de matérias técnicas específicas da regulação econômica, fato que acaba por contribuir com o “[...] aperfeiçoamento tanto da regulação, quanto do controle judicial da atuação estatal na economia.” (SADY, 2018, p. 256).

Todas as ilações efetivadas até agora buscaram demonstrar e estimular reflexões, pois, se o controle judicial da administração pública é pacífico e mesmo necessário para a estabilidade do Estado Democrático de Direito como instrumento para garantir a segurança jurídica, na perspectiva do controle judicial na esfera regulatória, a matéria ganha nuances especiais e específicas diferenciadoras por sua natureza complexa e especializada, que traz maiores dificuldades para seu exercício, do qual se exige mais qualificação, especialização e acesso a dados e elementos complexos para construção de uma decisão judicial de controle, dialogada e informada pela realidade, para garantir eficiência cumulada com segurança jurídica. Para obter melhor qualidade no controle judicial regulatório, é possível adotar e adaptar alguns procedimentos na processualização do controle judicial para que este possa corresponder com soluções adequadas, qualificadamente informadas e eficientes, como exemplificado anteriormente.

Nessa linha contextual de reflexões traçadas até o momento, partindo da realidade da judicialização de uma decisão ou política pública regulatória interventiva no mercado que externa complexidade e exige resposta jurisdicional adequada, célere e eficiente, há de se examinar alguns fatores que tornam discutível e imprevisível a eficiência do Poder Judiciário na missão de controlador. Isto porque diversos aspectos relevantes são identificados no curso do controle judicial com influência direta no seu resultado, aqui destacando: 1 - a necessidade da deferência do Judiciário para com as decisões regulatórias; 2 - a comum verificação da limitação técnica do Judiciário para construção da decisão controladora; 3 - a atestada e notória morosidade procedimental judicial para decisão controladora final, aspectos que serão melhor abordados a seguir.

4.2 A deferência, as limitações técnicas e a morosidade no controle judicial das decisões administrativas regulatórias: alternativa da consensualização

A deferência judicial relativamente às escolhas administrativas regulatórias transparece com grande intensidade nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, especialmente com base no reconhecimento da complexidade técnica que foi enfrentada e manejada pelos órgãos

reguladores, no curso do procedimento interno de construção da decisão regulatória, o que evidencia a limitação técnica do controlador judicial e reflete, em muitas situações, a constatação da incapacidade institucional do Poder Judiciário como ator de solução unilateral de um conflito regulatório. Nesse contexto, constata-se uma forte tendência para deferência judicial para com as decisões administrativas regulatórias e, ao final do caminho processual de solução do conflito, frise-se, moroso, acaba-se por ratificar o mesmo comportamento nos termos e conteúdos regulatórios.

Acontece que as decisões administrativas regulatórias que passaram por um procedimento técnico e complexo, concatenado, lógico, racional, plural e participativo sujeitam-se a um controle judicial que, mesmo sendo predominantemente deferente, enfrenta vários problemas no curso do processo judicial, como decisões judiciais que suspendem a execução da decisão regulatória, ou impõem múltiplas alterações em seu *status de aplicabilidade*, ou decisões judiciais liminares que suspendem, reduzem, ampliam, anulam ou substituem a essência do conteúdo regulatório. Ainda há o sério agravante da morosidade para prestação jurisdicional definitiva, acabando por ensejar a consequência da inefetividade, ineficiência e insegurança jurídica.

Diante disso, importa mencionar que esse subcapítulo dissertativo não tem como objetivo destrinchar a deferência judicial, as limitações técnicas do Judiciário e a morosidade processual, mas, partindo da cientificação do que são e de que se tratam de fatores que se constituem em realidades quando se pesquisa o controle judicial das escolhas regulatórias, relatar e apontar que são fatores concretos que se prestam a justificar a possibilidade da utilização da consensualização como meio alternativo mitigador para solução do conflito judicial regulatório nessas circunstâncias adversas. Dessa forma, além das noções gerais para compreensão do que seja a deferência judicial, do que venha a ser essa referida limitação técnica do controlador judicial e o que implica a morosidade, nesse contexto de controle judicial das escolhas administrativas regulatórias, pretende-se, aqui, trazer dados originados de pesquisas de terceiros que possam dimensionar e identificar esses aspectos como fatores importantes para efetividade e eficiência na execução normativa das agências, chamando a atenção, também, para morosidade na prestação jurisdicional de controle, com evidentes e sérios danos para o interesse público.

A deferência no controle judicial do poder regulatório é objeto central de interesse de pesquisas, pois há especial aspecto a ser considerado quando se fala em extensão, medida, alcance, limites, intensidade e parâmetros do exercício da sindicabilidade judicial de atos, escolhas e conflitos regulatórios. Jordão (2016, p. 50, grifo do autor) lembra que “[...] há

deferência judicial quando os tribunais se limitam a avaliar (por exemplo, na hipótese mais difundida) a *razoabilidade* da decisão realizada pela autoridade administrativa diante de uma questão substancial”. Finaliza o autor dizendo que “[...] nessa hipótese, os tribunais evitam oferecer *sua própria solução* para a questão controvertida.”

Ao abordar esse assunto da deferência judicial, sob a perspectiva da análise dos critérios substanciais ponderados para a verificação da intensidade do controle judicial na seara regulatória, o autor traz à tona a visualização de três aspectos: fala do controle judicial não deferente pertinente a decisões juridicamente sensíveis; cita a vertente da sindicabilidade judicial com deferência no que diz respeito às decisões de natureza política; e se refere ao aspecto do controle jurisdicional deferente relativamente às decisões técnicas complexas, proporcionando uma fotografia contextual abrangente e importante para compreensão da matéria.

Jordão (2016, p. 56) alerta no sentido de que “[...] a relevância de uma análise institucional comparativa no contexto do controle judicial de autoridades administrativas, deve-se ao fato de que a realização do controle pode implicar a usurpação de competências.” Isto porque realmente há o risco dos tribunais, no exercício de sua função jurisdicional, incorrer em invasão de competência pertencente ao Poder Executivo, criando um ambiente de instabilidade institucional e insegurança jurídica. Nesse caso, há um movimento doutrinário refletindo nas hostes judiciais, de se autoconter nesse controle prestigiando a validade das escolhas administrativas regulatórias, especialmente aquelas que fundamentam políticas públicas abrangentes, daí, tal controle judicial se qualificar como deferente.

Em síntese, a sensibilidade jurídica, a complexidade técnica e a natureza política das escolhas administrativas sob o crivo da sindicabilidade judicial constituem-se em elementos que se externam como “relações tendenciais”, ou seja, que “revelam uma simples tendência, uma propensão, e não uma consequência inevitável”, visando identificar, ou melhor visualizar, qual a instituição pública mais adequada, habilitada ou mais adaptada para o controle. (JORDÃO, 2016). Nessa circunstância, o Poder Judiciário poderá optar ou por decidir diversamente do que a escolha administrativa trouxe ou se autolimitar exercendo a deferência.

Assim, “[...] sobre questões juridicamente sensíveis há uma tendência para a aplicação de um controle judicial não deferente, sobre questões tecnicamente complexas ou de natureza política há uma tendência para a aplicação de um controle judicial deferente” (JORDÃO, 2016, p 57). Relativamente ao controle judicial limitado com deferência, no que se refere às decisões tecnicamente complexas, foco principal das reflexões, o autor chama a atenção para o fato de que “o grau (ou tipo) de ‘tecnicidade’ envolvido nas ações administrativas não é uniforme”, e

destaca duas hipóteses, denominadas discricionariedade técnica e avaliações técnicas complexas, de maior importância para dimensionar o nível e a extensão da deferência no exercício do controle judicial, concluindo que “[...] a tecnicidade de uma questão em si não é particularmente relevante para a determinação da intensidade do controle judicial sobre ela incidente.” Depois afirma: “[...] aquilo que é realmente relevante é a opinabilidade técnica, ou – na expressão adotada aqui – a complexidade técnica” (JORDÃO, 2016, p. 123, 125), isto é, a deferência é maior ou menor estimulada não apenas pela tecnicidade da escolha administrativa, mas por sua complexidade técnica. Por fim, o autor lança sua constatação:

[...] foi precisamente a complexidade técnica de algumas atividades administrativas contemporâneas que provocou as reformas estruturais na administração pública que caracterizam esse novo modelo de Estado. Centros de competência administrativa passaram a ser destacados da administração central e revestidos de características institucionais voltadas a fazê-los cuidadosamente desenhados para o desempenho destas funções complexas. O maior exemplo é a regulação de atividades econômicas antes submetidas ao monopólio estatal como os serviços de telecomunicações energia elétrica gás transporte ferroviário etc. A liberalização destes setores à iniciativa privada constitui um processo extremamente complexo e sensível. Para capitaneá-los, foi frequente a opção pela criação das chamadas ‘agências reguladoras’. Na maioria dos casos trata-se de autoridades administrativas relativamente independentes da administração central compostas por especialistas na matéria e dotadas de significativos recursos financeiros e humanos. Desempenhadas por autoridades assim desenhadas, estas atividades tecnicamente complexas – como qualquer outra atividade administrativa – podem ser contestadas judicialmente. A possibilidade levanta a questão da intensidade do controle que os tribunais, instituições detentoras de competência genérica e jurídica devem aplicar sobre as decisões técnicas das entidades administrativas especializadas. (JORDÃO, 2016, p. 129).

Acerca do controle judicial deferente, Pereira Neto, Lanciere e Adami (2014) lembram que a partir da década de 1990, com a reformulação do Estado Regulador no território nacional, incrementou-se amplo movimento na doutrina, “[...] no sentido de assegurar certa deferência do Judiciário ao conhecimento técnico e específico detido pelos órgãos reguladores setoriais, tendo como foco, então, a revisão de critérios formais dos atos administrativos.” Ou seja, o poder jurisdicional teria a atribuição de atestar a ocorrência ou não da legalidade do processo na construção dos atos administrativos, estabelecendo um gradual ambiente de estabilidade nas decisões administrativas regulatórias, prestigiando nos órgãos reguladores a sua natural credibilidade/natureza eminentemente técnica por força de sua estrutura humana e material diferenciada/qualificada. Logo constatam que, “[...] de fato, verifica-se que o Judiciário vem assegurando às agências um espaço decisório amplo na área de sua atuação, conferindo certa deferência aos atos dessas autarquias” (PEREIRA NETO; LANCIERE; ADAMI, 2014, p. 171-172).

Como respaldo ratificador dos seus entendimentos, os autores ilustram com o exemplo de uma decisão no TRF-1 Região (TRF-1 Região, 5ª Turma, 3ª seção, ACI 2001-34.00.025366-0-DF), que envolveu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em que constatam que “[...] o tribunal defendeu que o princípio da separação dos poderes, somado à tecnicidade da matéria, afastaria por completo qualquer revisão do mérito da decisão pelo Poder Judiciário, restando apenas a discussão da legalidade do procedimento administrativo.” Por fim, constatando haver hoje grande deferência às escolhas administrativas regulatórias por esse contexto de tecnicidade e sua complexidade, os autores lançam a seguinte questão: “[...] passado este período inicial de consolidação mínima do Estado regulador no Brasil, não teria o Judiciário outro papel a desempenhar na revisão do mérito das decisões destas autarquias através de testes de razoabilidade e proporcionalidade?” (PEREIRA NETO; LANCIERE; ADAMI, 2014, p. 173). Questionamento que vem impulsionar e acender reflexões sobre a possibilidade de uso alternativo do método/técnica da consensualização como meio de controle dos atos regulatórios judicializados, já que as agências reguladoras em sua grande maioria administrativamente já adotam esse caminho.

Nas palavras de Araújo (2018, p. 76), apesar de ser “[...] comum na doutrina que o controle dos atos das agências reguladoras deve ser exercido com menor intensidade do que aquele realizado em relação às demais entidades da Administração Pública”, constata-se que ainda não há, no direito nacional, um caminho jurisprudencial clarificado e bem visualizado que tenha se habilitado como parâmetro para nortear a aplicação da deferência judicial. Jordão e Cabral Júnior (2018, p. 543) lembram que, “Desta ausência de orientação jurisprudencial pátria, clara, decorre uma atuação descoordenada entre diferentes tribunais e instâncias judiciais, levando casos similares a razões de decidir e resultados finais distintos.”

É preciso ficar assentado o que professa Binenbojm (2014, p. 240) ao verberar que, “[...] com efeito, naqueles campos em que por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor.” Conclui, então, o autor: “Nestes casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle.” Situação que vai dimensionar em que proporção se realizará a deferência judicial.

Para ilustrar a matéria, Guerra (2012, p. 19) lembra que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi o órgão do Poder Judiciário que melhor enfrentou as discussões sobre o sistema regulatório nacional: “[...] seguindo a linha da ‘deferência’ às escolhas regulatórias, o STJ não só apreciou os recursos que combatiam a função normativa das Agências Reguladoras, como,

aliás, reforçou a ideia de risco sistêmico e visão prospectiva infensa ao censor judicial.” Mas deixa apontado que o STJ não mais recebeu e apreciou recursos referentes a conflitos sobre escolhas administrativas regulatórias (resoluções e normas infralegais), “[...] sob o argumento de que tais espécies normativas não se equiparam às leis federais para fins de interposição de recurso especial.”

Também é preciso pontuar as ressalvas de Jordão e Cabral Júnior (2018, p. 558), quando afirmam: “Ser deferente não significa, necessariamente, manter a decisão de uma agência reguladora.” Continuam o raciocínio dizendo: “Decisões irrazoáveis podem vir a ser anuladas sem que isso resulte em uma postura intrusiva dos tribunais.” Isto porque o exercício do controle judicial deve ser exercido conforme parâmetros e balizas, sendo a deferência judicial às decisões regulatórias um norte tendencial, mas atento às situações e aos contextos que exigem alguma forma, nível ou extensão de sindicância judicial. Como exemplo, os autores citam a anulação de “[...] atos proferidos fora da esfera de competências atribuídas pelo legislador à autoridade administrativa [...]” ou a “[...] decisões judiciais que invalidem a conduta da agência reguladora por inobservância às garantias processuais (devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa) ou a um dever de motivação adequada.” (JORDÃO; CABRAL JÚNIOR, 2018, p. 558).

Se, por um lado, a complexidade técnica na esfera regulatória fundamenta a tendência da deferência no controle judicial, por outro lado, as limitações técnicas do Poder Judiciário para o correto discernimento compreensivo da matéria regulatória, sob crivo do controle judicial, fortalecem mais ainda essa tendência deferencial pelo controlador judicial. Por isso, é importante se valer de pesquisas efetivadas por terceiros para que se possa delas extrair fotografias e dados para melhor dimensionar a constatação real da deferência judicial, as limitações técnicas do Poder Judiciário e a morosidade no enfrentamento das discussões pertinentes às escolhas administrativas regulatórias, sendo apropriada essa abordagem para se refletir sobre as soluções possíveis.

Ferraz Junior, Maranhão e Azevedo (2011) editaram o relatório final da pesquisa, denominada *Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*, que foi patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que foi identificado um conjunto de conclusões indicador do contexto vivenciado pelo Judiciário referente ao controle judicial regulatório. Ressalta-se que o documento abrangeu o universo de 1.371 ações judiciais com discussão sobre escolhas administrativas de agências regulatórias, no período entre 1994 e 2010, e, embora não tenha ocorrido pesquisa mais atual nos moldes e na extensão patrocinada

pelo CNJ, os diversos trabalhos e artigos têm se utilizado dos seus dados, indicando sua utilidade referencial que ainda retrata a atualidade.

Maranhão (2016), um dos integrantes da equipe da pesquisa mencionada, procedeu a uma análise de dados, publicados no artigo “Revisão judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva?”, que possibilita extrair reflexões importantes. Por exemplo, foram identificados que “mais de 80% dos votos de tribunais superiores, decididos com bases substantivas, foram favoráveis às agências”. Os dados trazem ainda a informação adicional do aspecto qualitativo com destaque para os tribunais de instância superior que “[...] frequentemente enfatizam a ‘complexidade’ ou o ‘caráter estritamente técnico’ dos entes públicos autônomos [...]”, o que denota que o controlador judicial externa “[...] uma grande deferência e hesitação em supervisionar o aspecto material das decisões das agências regulatórias.” (MARANHÃO, 2016, p. 25, grifo do autor).

No aspecto pertinente ao tempo do processamento das demandas judiciais regulatórias, o autor detecta que:

Independentemente de obter decisões favoráveis no final, as agências regulatórias — e as empresas — estão sujeitas a um litígio doloroso e cansativo. Em média, as ações judiciais que foram finalizadas tiveram um tempo de processamento médio de 36 meses. Em contraste, há um prazo estimado de processamento de 50 meses para ações judiciais ainda pendentes de decisão. (MARANHÃO, 2016, p. 25).

Seguindo adiante, afirma:

Quando consideramos somente os casos nos quais há uma decisão de mérito (diferentemente de uma decisão baseada em questões processuais), parece que o tempo de processamento é significativamente maior: por volta de cinco anos (58 meses). O tempo é aumentado para quase seis anos (69 meses) em casos onde o Judiciário não confirmou a decisão administrativa (onde a decisão foi anulada ou parcialmente modificada). (MARANHÃO, 2016, p. 26-27).

E complementa as informações aduzindo que:

Naqueles casos onde a justiça anula ou altera a decisão administrativa, a ação judicial leva mais tempo: 78 meses (117% acima da média) e 60 meses (67% acima da média), respectivamente. Em outras palavras, em casos onde houve uma intervenção judicial substantiva, o tempo de processamento foi de aproximadamente 69 meses (5,7 anos), 90% maior que a média geral. (MARANHÃO, 2016, p. 27).

Maranhão (2016, p. 30), a partir dos dados da pesquisa, elenca um conjunto de problemas que são enfrentados no controle judicial regulatório, destacando a morosidade que tem sua origem em diversos fatores, primeiro, pontuando “[...] a complexidade dos casos e o

incentivo para os juízes priorizarem os casos mais simples”, pois o controlador judicial visualiza em tais demandas grande tecnicidade complexa com aspectos que não lhe são familiares. Destaca também “o tempo de preparação dos laudos periciais”, os quais normalmente são morosos, além de serem fontes de discussões quanto às necessidades que atrasam mais ainda o desfecho do caso. E também “questões sobre o escopo da revisão judicial”, que se externam nos conflitos sobre a definição de limites e parâmetros ou intensidade do controle judicial, e ainda “as disputas de competência jurisdicional”, pois a inexistência de varas especializadas acabam por gerar discussões sobre competência territorial e diversos incidentes que tornam ainda mais moroso o processo judicial.

O autor também destaca a incerteza jurídica gerada pela “falta de diretrizes para a concessão de liminares”, que ora são deferidas ou indeferidas, ora suspensas ou alteradas em conteúdo e extensão, modificando seu *status* de forma imprevisível no curso processual. Refere-se, ainda, ao problema do “sistema recursal complexo que permite a discussão da mesma questão várias vezes no mesmo caso”, frise-se, um sério problema crônico do sistema processual brasileiro, fonte de muitas discussões quanto ao nível e ao tempo razoável para efetividade da garantia do acesso à ordem jurídica e cita a “multiplicidade de ações judiciais discutindo a mesma matéria”. Fala do problema das “disputas entre juízes sobre o escopo da revisão judicial”, ou seja, os limites, parâmetros e intensidade do controle judicial (MARANHÃO, 2016, p. 30, 43).

No artigo “Teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à Agenesra”, de autoria de Jordão e Cabral Júnior (2018), no mesmo caminho, eles pontuam a existência da chamada deferência judicial na maioria das decisões que dispõem sobre matéria regulatória, conduzindo ao entendimento de que matérias complexas devem ser definidas prioritariamente pelas autoridades administrativas especializadas e que, aos tribunais, caberia revisão relativamente superficial. Referenciando a pesquisa do CNJ citada alhures e corroborando com os dados colhidos, em que se chegou à conclusão que, em mais de 80% dos casos, os tribunais superiores foram favoráveis às agências reguladoras, os autores acrescentam:

A verificação empírica e a mensuração da deferência judicial, no entanto, envolvem dificuldades não negligenciáveis. Em primeiro lugar, porque a definição de uma postura intrusiva ou deferente requer a avaliação de variáveis complexas e multifacetadas. A intensidade do controle a ser aplicado a uma decisão administrativa concreta envolve uma série de considerações subjetivas e até mesmo políticas, tanto dos tribunais em si como dos demais atores envolvidos nesta decisão, cuja conversão em dados objetivos se revela uma tarefa tormentosa. Em segundo lugar, porque não há, no direito brasileiro, uma orientação jurisprudencial clara sobre o assunto, a servir de baliza para a mensuração da postura deferencial. Embora alguns julgados apontem para a necessidade de uma postura autocontida dos tribunais em matérias

originariamente atribuídas às agências, não é possível identificar no Brasil um caso paradigmático tal como a doutrina Chevron nos Estados Unidos. Em terceiro lugar, porque a junção da cultura de litigância das empresas brasileiras em determinados setores regulados, de um lado, e a precária estrutura do Poder Judiciário brasileiro, de outro, também compromete a análise. Afinal, o alto número de processos judiciais nos tribunais pátrios leva a uma produção massificada de decisões que, por questões pragmáticas, não são analisadas a fundo, levando a sentenças e acórdãos padronizados e genéricos. Em quarto lugar, e por fim, porque o discurso da especialidade técnica das agências brasileiras pode ser comprometido pela realidade política nacional. Administrações em todos os níveis federativos, para garantir sua governabilidade, realizam coalizões que muitas vezes resultam na nomeação de dirigentes de agências reguladoras por razões eminentemente políticas, em prejuízo do modelo institucional teórico que motivou a criação das agências – e que fundamentaria a deferência judicial a elas. É nítido que a deferência judicial às agências reguladoras é difícil de ser identificada, pois além de sua complexidade, demanda pensar diversas variáveis para que se possam identificar seus indícios. (JORDÃO; CABRAL JÚNIOR, 2018, p. 543-544).

Assim, concluem que a conjugação dos fatores de deferência, por amplitude ou por resultado, apresenta uma taxa percentual de manutenção das decisões da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (Agenera) de 84,31%, quando o controle pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) é de natureza substantiva, enquanto em relação ao controle judicial de natureza formal se identificou que 93,9% das decisões judiciais foram favoráveis à Agenera (JORDÃO; CABRAL JÚNIOR, 2018, p. 566). Todos esses dados da pesquisa do CNJ conduzem para conclusão de que o controle jurisdicional dos conflitos regulatórios se externa deficiente pelos diversos aspectos identificados, como a morosidade, as limitações técnicas, a instabilidade e a incerteza jurídica no moroso curso processual, o que enseja refletir sobre reais soluções.

Por fim, dito tudo isso até o momento, cabe agora ressaltar as principais sugestões constantes no relatório final da pesquisa do CNJ, primeiramente, citando a criação e a estruturação da especialização de varas para o processamento das soluções de conflitos na esfera regulatória, ou seja, a “[...] criação de varas especializadas em concorrência e regulação com suporte técnico de assessores formados em economia, engenharia e medicina e nas áreas de expertise das agências reguladoras” (FERRAZ JUNIOR; MARANHÃO; AZEVEDO 2011, p. 312), destacando, também, o “[...] fomento a soluções negociadas de modo a reduzir demandas judiciais e aumentar segurança jurídica (exemplos CADE e CVM) (FERRAZ JUNIOR; MARANHÃO; AZEVEDO 2011, p. 310-311) e, por fim, a

[...] criação dentro das agências de câmaras de arbitragens – com representação paritária – para conflitos de relação de consumo entre concessionárias e consumidores com poderes semelhantes aos conferidos aos árbitros pela Lei de Arbitragem (ressalvado recurso pelo Ministério Público como *custus legis* contra a decisão) (FERRAZ JUNIOR; MARANHÃO; AZEVEDO, 2011, p. 312).

Tais conclusões e sugestões conduzem à constatação de que o controle judicial de revisão de escolhas e políticas públicas regulatórias exige um conjunto de implementações de caminhos para otimização e potencialização de soluções mais adequadas e em tempo razoavelmente proporcional às necessidades de interesse público, o que envolve maior sofisticação procedimental e multicaminhos intercomplementares em diálogo, ou seja, significa dizer que não apenas é realmente justificável a ideia de criação de varas especializadas em matéria regulatória, como também é razoável e adequada a utilização da consensualização como meio de solução, ainda mais se tornar realidade a especialização de varas judiciais em matéria regulatória, pois estaria, então, disponibilizado o ambiente estrutural, técnico e humano ideal para soluções consensualizadas na esfera judicial com lastro técnico e em tempo mais adequado, primando pela eficiência e pela segurança jurídica nas soluções.

4.3 Alguns desafios para procedimentalização da consensualização no controle judicial da decisão regulatória: procedimento, função dos atores, eficiência e segurança jurídica

A possibilidade de se utilizar a consensualização mediativa e/ou conciliatória na judicialização das escolhas regulatórias pode ser justificada pela constatação da real complexidade técnica das decisões regulatórias que, juntamente à limitação técnica do Poder Judiciário, fundamentam a deferência às decisões regulatórias. Em verdade, a deferência judicial às decisões regulatórias é mais consequência da limitação do Poder Judiciário em ser capaz de analisar com profundidade todo o contexto por qual passou a decisão regulatória judicializada, preferindo ratificar a mesma sob o argumento de sua complexidade técnica, do que por ter se aprofundado em sua complexidade e especificidades.

Também se destaca o notório problema da temporalidade/morosidade para o desfecho definitivo processual (já se sabe que em mais de 80% das demandas haverá a deferência judicial e se aguarda, para tanto, uma média de seis anos). Isto porque se conjectura que, por meio da consensualização, esses fatores/problemas (complexidade técnica regulatória, limitação técnica do controlador judicial e morosidade processual) poderão ser melhor manejados/mitigados para uma solução mais adequada qualificadamente e temporalmente razoável por meio de um procedimento, também qualificado e diferenciado de consensualização, para solução do conflito judicial regulatório.

Sendo assim, a ideia do presente subcapítulo dissertativo não é apresentar uma proposta específica do método procedimental para instrumentalização da técnica de consensualização na judicialização de decisões e escolhas de políticas públicas regulatórias, mas coletar e trazer

elementos, informações e algumas referências procedimentais já existentes em regramentos gerais e específicos que poderiam contribuir para fundamentar ou inspirar um procedimento especializado para concertação no Poder Judiciário ao enfrentar um conflito de natureza regulatória, já chamando a atenção para necessidade de se garantir, por meio de tal procedimentalização, que implica a ideia de determinar procedimentos, a forma de conduzir a dinâmica de acontecimentos e resultados com eficiência e segurança jurídica.

Reprisando sinteticamente o que foi pesquisado até o momento, constata-se que o controle judicial de escolhas e políticas públicas externa uma realidade de complexidade técnica das decisões regulatórias, assim como revela a incontroversa limitação técnica do Poder Judiciário para o manejo, a compreensão e a capacidade motivadora/decisória para a melhor solução do conflito. É possível visualizar, além disso, a morosidade processual para o desfecho decisório definitivo. E, nesse ambiente, atesta-se a preponderante tendência deferencial do Judiciário, que, ao final do longo caminho processual, acaba por ratificar as decisões regulatórias de objetos dos litígios, ficando evidentes os prejuízos econômicos, sociais e para o interesse público por causa da imprevisibilidade, da insegurança e da ineficiência provocadas por essa situação, que impõem a inefetividade da política pública regulatória indefinidamente no tempo.

Aliás, ainda cabe, aqui, trazer a percepção de Souza (2012, p. 143), aplicável tanto na esfera administrativa quanto na judicial, inclusive, envolvendo matéria regulatória ao defender

[...] a complexidade normalmente envolvida na ponderação de questões técnicas e jurídicas, como a potencial colisão de direitos fundamentais e o grande universo de informações e opiniões, de natureza técnica ou valorativa, sobre o assunto, parece que o caminho mais frutífero para buscar uma efetiva solução para o problema (e não apenas uma solução formal acobertada pela coisa julgada) é utilização da conciliação ou da mediação.

Nessa conjuntura de constatações de aspectos que limitam o Poder Judiciário como efetivo, eficiente e ágil meio de solução do conflito judicial regulatório, é possível incluir, no rol de opções, a técnica da consensualização como um possível instrumento de pacificação do conflito judicial regulatório, o qual merece ser considerado e estudado quanto a sua adequação procedimental, por tudo até agora demonstrado e provocado, trazendo, aqui, algumas reflexões que implicam desafios.

É interessante destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.058, de 4 de novembro de 2014, que propõe instituir processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, o qual tem a finalidade de estabelecer parâmetros e

limites para o controle judicial das políticas públicas. Contexto constatado por Carvalhaes (2019, p. 101) quando verbera que esse projeto “[...] traz como balizador do controle judicial os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário.” O art. 2 do referido projeto, afinado com esses balizadores, informa que o controle judicial deve ter algumas características, sendo as principais de interesse desta dissertação:

I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica; V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público. (BRASIL, 2014).

Dessas características descritas se extrai a atual preocupação predominante e estimuladora de debates com o equilíbrio entre o exercício do controle judicial das políticas públicas e a utilidade das mesmas para o interesse público em uma ideia de se privilegiar seus resultados, estabelecendo-se parâmetros e disponibilizando meios alternativos concertativos para solução no e durante o controle judicial, inclusive, apresentando regras procedimentais para sua realização como uma contraposição ao controle judicial discricionário e excessivamente interventivo.

No ambiente traçado por esse projeto de lei, institui-se que as partes poderão submeter o conflito ao juízo arbitral, à mediação ou à conciliação judiciais ou extrajudiciais, e a qualquer tempo e em qualquer fase e grau do processo. A autoridade judiciária, então, poderá propor às partes que se submetam à mediação ou à conciliação (art. 11, § 1), sendo possível vislumbrar, primeiramente, a preocupação com o estabelecimento de limites e parâmetros para o controle judicial da administração pública e, segundo, a relevância dispensada à consensualização, focando na realização da eficiência e prestigiando a proporcionalidade, a previsibilidade, a estabilidade, o diálogo, a colaboração e a participação democrática social e já com a previsão de diversas regras procedimentais.

Por tudo isso, o projeto de lei se habilita como útil parâmetro informativo para construção de um procedimento para consensualização no controle judicial de uma escolha regulatória. Relevante destacar que há a necessidade de formatar um modelo de diálogo entre o

Estado administrativo regulatório, a sociedade e o Poder Judiciário na dinâmica desse controle judicial regulatório, até porque há vinculação do poder jurisdicional com a efetiva prestação do acesso à justiça, a qual compete conduzir o caminho adequado, seja finalizando com sua sentença, seja com a decisão consensualizada.

Mas a realidade recorrente de inexistência ou insuficiência de elementos e dados relevantes nos autos processuais para visualização contextual adequada do conflito pelo Estado-juiz exige um canal procedimental de conversação para produzir e acessar informações de qualidade/úteis para solução adequada e eficiente do conflito regulatório judicial, sendo relevante afirmar que tal caminho irá fortalecer as barreiras e a proteção a sempre possível captura das agências regulatórias pelo poder econômico, pois se privilegia um procedimento mais transparente, pluralmente mais participativo e democrático.

A complexidade técnica característica das escolhas/políticas públicas regulatórias e, de outro lado, as limitações técnicas do controlador judicial exigem esse diálogo coletor de informações, por exemplo, como eficientemente se presta para tal os instrumentos do *amicus curiae*, a audiência e a consulta pública, já referidos. Entretanto, é possível avançar mais, refletindo sobre a possibilidade de um procedimento específico de consensualização a ser manejado no controle judicial regulatório.

A primeira referência inspiradora para um modelo de procedimento da consensualização, no âmbito do controle judicial regulatório, encontra-se no antecedente procedimento administrativo orgânico que abrigou a técnica de construção das escolhas administrativas regulatórias em seu âmbito interno. Ambiente de ocorrências lógicas que se estabeleceu como instrumento dinâmico coletor de informações qualificadas para fundamentar a decisão administrativa regulatória complexa e qualificada, especialmente, mais ainda, se resultante da consensualização, sendo uma prática gradualmente rotineira a utilização do processo administrativo consensual no âmbito regulatório.

A partir da concepção de governança corporativa apreendida da esfera privada e transportada para esfera pública com a denominação de governança pública, passou-se a vislumbrar, e gradualmente formatar, uma gestão mais gerencial, com características funcionais focadas nas relações coletivas, em maior participação democrática, consensualização, processualização, pluralidade e dotada de centros decisórios autônomos e independentes, operando maior probabilidade de viabilização de resultados eficientes no exercício das competências da administração pública.

Nesse contexto, insere-se o processo administrativo normativo regulatório como instrumento de realização de resultados na administração pública, inspirada por valores da

governança pública gerencial e alimentada por procedimentos de participação democrática e consensualização, ideia professada por Palma (2014, p. 358-359), quando diz que “[...] a governança pública se afirma como alternativa de gestão pública quando a eficácia da ação administrativa se torna uma ordem de preocupação [...]” e, portanto, “[...] métodos alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, acordos substitutivos e processos consensuais, a exemplo do *regulatory negotiation*, seriam, portanto, técnicas de governança pública à disposição do Poder Público.”

Nessa ordem de ideias, emerge o processo administrativo como um veículo de construção das escolhas normativas regulatórias com feição mais cooperativa e colaborativa, primando pelo diálogo entre as esferas pública e privada, com ânimo de consensualidade, o que cria um ambiente receptivo de adesão espontânea voltado para o resultado decisório. Como ressalta Palma (2014, p. 366), “As vantagens da relação colaborativa abrem espaço para um novo tipo de decisão que, pragmaticamente, fundamenta-se na adesão dos particulares em detrimento da coerção.” O certo é que, “[...] no âmbito do processo administrativo normativo, a colaboração do particular com o Poder Público deve se evidenciar preferencialmente em todas as etapas processuais [...], na instauração, instrução e decisão final.”

Valendo-se das lições da autora com a publicação da instauração do processo administrativo normativo, toda a sociedade é considerada ciente do início do exercício da competência normativa da administração pública, o que permite que os administrados “[...] se preparem para futura participação administrativa ou intervenção procedimental na qualidade de interessados no conteúdo da futura decisão normativa.” Assim, “[...] além dos particulares, outros órgãos e entes públicos são cientificados da proposta de normatização de determinada matéria [...]” e, a depender do contexto, poderá ser necessária “[...] a coordenação institucional para elaboração de uma norma harmônica com o panorama normativo da Administração Pública” (PALMA, 2014, p. 380).

Já na fase de instrução do processo administrativo de construção das decisões regulatórias, ocorre basicamente a coleta de informações qualificadas, úteis, necessárias, adequadas e suficientes para decisão referente à escolha administrativa a ser tomada, ou seja, a informação é “[...] o principal mote de instrução do processo administrativo normativo por meio da juntada de análises técnicas, estudos diversos e comentários dos particulares quando houver a abertura do processo para a participação administrativa.” (PALMA, 2014, p. 387). A autora também detalha as possíveis ocorrências na fase instrutória, verberando que “Durante o desenvolvimento do processo administrativo normativo o Poder Público poderá, eventualmente, tomar contato com outros órgãos ou entes públicos e particulares, quer estes

apresentem a condição de interessados ou não” (PALMA, 2014, p. 392). Continua a autora apontando que, “No decorrer da instrução processual, gestores públicos podem promover diálogos com entidades privadas diretamente interessadas no ato normativo, como associações de consumidores, empresas reguladas ou organizações não governamentais” (PALMA, 2014, p. 394). Ela arremata afirmando que “Além das pessoas diretamente interessadas no ato normativo, o desenho normativo pode resultar de diálogos com órgãos e entes públicos, especialmente aqueles vocacionados à qualificação da atuação estatal” (PALMA, 2014, p. 395).

Por fim, a fase decisória constitui-se na formação final da escolha administrativa regulatória, sustentada e embasada no conjunto de informações coletadas no curso da fase instrutória. Mesmo que resumidamente, aqui, tenham sido identificados e caracterizados alguns aspectos, bem como descritas as fases inerentes ao processo administrativo de construção de decisões administrativas de natureza regulatória, é possível constatar que o processo administrativo desenhado pode se instituir em parâmetro técnico metodológico, referencial ou inspiração para criação e/ou adaptação de um caminho procedimental para que o controlador judicial da decisão regulatória dele se utilize como norte para instrumentalização da consensualização na construção da solução do conflito, até porque, nesse procedimento administrativo interno, foi construída a decisão regulatória tecnicamente complexa, fato que o habilita e o qualifica como ideia e parâmetro para o controlador judicial.

Nesse norte, o controlador judicial de uma decisão regulatória, através de um procedimento de consensualização por ele instaurado e instruído com a colaboração de diversos atores e instrumentos plurais amplamente participativos, poderá, ao final, viabilizar a construção de uma decisão resultante da consensualização, ou, no mínimo, o controlador judicial estará munido de elementos e informações úteis e qualificadas de grande relevância para se proferir uma sentença bem informada e adequada para solução do conflito.

O que se sugere é a reflexão sobre a possibilidade de construção de um procedimento que privilegie a ampla e democratizada coleta de informações qualificadas/técnicas, originadas de plurais e qualificados possíveis atores que permitam um ambiente para consensualização. E, caso essa não se realize, o controlador judicial, provavelmente, estará suficientemente mais qualificado e informado tecnicamente para proferir a sentença relativamente ao conflito regulatório complexo, até porque, seja pela consensualização, seja pela decisão unilateral, ele está obrigado a prestar a jurisdição para tornar efetiva a garantia fundamental do acesso à justiça.

Com efeito, é possível constatar que o controlador judicial, vinculado à obrigação fundamental de prestar a jurisdição e tornar efetivo o acesso à justiça, dispõe de variados

instrumentos e mecanismos para o cumprimento de suas competências, com formatações jurídicas diversificadas e legitimadas pelo sistema jurídico, seja por meio do caminho clássico processual civil para ao final proferir a sentença solitária, diga-se, um caminho com algumas deficiências (limitações técnicas, morosidade, déficit democrático e risco maior de captura), seja por meio de um procedimento racional, lógico, orgânico, multiatores, plural e participativo para viabilizar a construção de uma decisão coletiva consensualizada (possibilidade de maior tecnicidade, maior rapidez, superávit democrático, maior legitimação decisória e redução do risco de influências do poder econômico).

Assim, nesse ambiente, se poderá adotar a alternativa de métodos instrumentais adicionais capazes de proporcionar resultados eficientes e juridicamente seguros, tendo como parâmetro inspirador a possibilidade de adaptação do processo administrativo de construção das decisões regulatórias consensuais para a procedimentalização da consensualização, no âmbito do controle judicial, de uma decisão regulatória complexa, sendo possível se estabelecer um modelo metodológico orgânico de justiça consensual disponibilizando uma fase pré-litigiosa de construção de consensualidade.

Sobre esse ambiente mais gradualmente voltado à justiça democratizada, em que se amplia o acesso à justiça não apenas no seu contexto formal, mas no âmbito substancial em que ocorre o acesso ampliado à ordem jurídica justa, Vaz (2014, p. 349) ressalta que, embora o Judiciário continue protagonizando como meio usual para solução dos conflitos, atualmente há uma “[...] diferença fundamental: supera as limitações democráticas que secularmente caracterizam a sua atividade jurisdicional, permitindo e incentivando que as partes, senhores do conflito, encontrem a solução que melhor atenda aos seus interesses.”

Nessa senda de discorrer sobre possíveis inspirações e parâmetros para uma ideia de procedimentalização do método de consensualização a ser adotado pelo controlador judicial do poder administrativo regulatório como uma fase pré-litigiosa, é pertinente se referir às diversas diretrizes procedimentais originadas de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça, a Advocacia-Geral da União, as próprias agências regulatórias com seus regulativos específicos, bem como os manuais específicos, como o *Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard*, editado pela Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal (EAGU), em 2017, de autoria de Santos *et al.* (2017), e o *Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal*, de fevereiro de 2019, também chamando atenção para o denominado Desenho de Sistemas de Disputas (DSD), cuja concepção foi inicialmente posta em prática nos Estados Unidos da América, na década de 1980, e hoje é utilizado em diversos órgãos no Brasil, constituindo-se em referência útil.

Não se pode esquivar de reiterar a fundamental importância da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário”, uma vez que se constituiu em marco legal divisor para o concreto avanço da institucionalização dos métodos de consensualização como política pública no Poder Judiciário, inclusive, em demandas envolvendo a administração pública, fortalecendo e otimizando suas práticas no Judiciário, priorizando a concepção de que essas técnicas de mediação e conciliação são instrumentos adicionais importantes para o acesso à ordem jurídica justa, tanto quanto e em igual patamar com a clássica decisão judicial unilateral. No que diz respeito à consensualização sobre assuntos regulatórios, seu art. 6, inciso VII, prescreve que cabe ao CNJ “[...] realizar gestão junto às empresas, públicas e privadas, bem como junto às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas.” (BRASIL, 2010).

Relativamente ao DSD referido, Faleck (2014, p. 230) dimensiona seu significado ao dizer que “[...] desenhar um sistema de resolução de disputas significa organizar processos e recursos para gerenciar e resolver disputas complexas ou recorrentes.” Isso implica afirmar que tal organização se implementa nesse conjunto de recursos e capacidades humanas, materiais, tecnológicas e procedimentais “[...] para a criação de processos específicos que permitem o gerenciamento dinâmico e resolução criativa de disputas.” Adiante, ele indica os principais propósitos de um DSD, destacando:

- (i) ajudar identificar e capturar oportunidades de ganhos mútuos para as partes envolvidas; (ii) construir e fortalecer relacionamentos entre indivíduos constituintes e comunidades; (iii) avançar a causa da justiça; (iv) promover paz e reconciliação; (v) apoiar as reformas estruturais apropriadas para avançar o Estado de Direito, possibilitar a defesa dos interesses e direitos das partes menos favorecidos ou curar deficiências sistêmicas nas práticas atuais e prevalentes de resolução de disputas, e (vi) para a adaptação às mudanças que novos tempos e a necessidade das partes envolvidas requer. (FALECK, 2014, p. 230-231).

Podendo, assim, se concluir, diante esses propósitos, vislumbrar que o DSD se constitui em importante fundamental instrumento para a institucionalização da técnica da consensualização nos conflitos judiciais regulatórios, pois fonte laboratorial de criação e experimentação de procedimentos específicos para sua operacionalidade prática, sendo hoje gradualmente utilizado na esfera da Justiça Federal, especialmente em demandas repetitivas como as previdenciárias, Sistema Financeiro de Habitação (SFH), saúde, indenizatórias, entre outras, sendo possível sua sofisticação para aplicação em outras demandas judiciais de sua competência, como as de matéria regulatória complexas.

Com o intuito de estimular inspirações, é possível trazer à baila, tomando, como exemplo, a Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, emitida pela Anatel, que aprova o regulamento de celebração e o acompanhamento do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), normatização nos mesmos moldes existentes na quase totalidade das agências reguladoras, a qual externa um procedimento específico de realização de consensualização nas relações entre a agência e os regulados. Na forma do seu art. 1, este regulamento tem por finalidade estabelecer critérios e procedimentos para celebração e acompanhamento, no âmbito administrativo, do TAC entre a Anatel e as concessionárias, as permissionárias ou autorizadas de serviços de telecomunicações, inclusive de radiodifusão, bem como os demais administrados sujeitos à regulação da agência.

Vale lembrar da já referida Resolução nº 5.845/2019 da ANTT, que tratou dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos em seu específico setor regulado, a qual traz diversos regramentos procedimentais que podem inspirar a procedimentalização da consensualização no controle judicial regulatório (BRASIL, 2019b). Destaca-se, também, a Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, normativo aqui já mencionado em alguns aspectos (BRASIL, 2019c).

No âmbito do ente federativo estadual, desata-se como exemplo a Lei Complementar nº 144, de 24 de julho de 2018, do estado de Goiás, que institui a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA) e estabelece medidas para redução da litigiosidade no âmbito administrativo e perante o Poder Judiciário. Essa lei traz os procedimentos para submissão de conflitos à CCMA, prevendo a prioridade para resolução por meio da conciliação e da mediação, constando, no § 1º, do art. 1º, que “[...] nos processos administrativo e judicial é dever da Administração e dos seus agentes propagar e estimular a conciliação e a mediação como meio de solução pacífica das controvérsias” (GOIÁS, 2018), prevendo ainda a obrigação do procurador do estado, antes da judicialização, proceder à notificação da parte para que manifeste interesse na consensualização.

Destaca-se, além disso, a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Do art. 14 ao art. 20 estão elencadas as disposições comuns procedimentais para a mediação, do art. 24 a art. 29 estão postas regras sobre a mediação judicial, prevendo, em seu art. 28, que “O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até 60 dias, contados da 1ª sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação” (BRASIL, 2015c). Uma regra importante para prevenir a

morosidade quando se trata da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, bem como dos conflitos que envolvem a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações. Já do art. 32 ao art. 40, visualizam-se diversas regras de natureza procedimental que contribuem para operacionalização da consensualização, podendo se prestarem à adaptação e utilização na mediação e conciliação do litígio judicial regulatório como parâmetros procedimentais.

Destaca-se, como referência procedimental, a cartilha editada pela Advocacia-Geral da União referente aos procedimentos da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, na qual constam a indicação e a orientação sobre os regramentos básicos pertinentes ao procedimento, explicitando a sequência orgânica da seguinte forma:

1 - Inicia-se por solicitação do órgão ou entidade federal interessado em solucionar um conflito estabelecido com outro ente da Administração, direta ou indireta, por intermédio dos Ministros de Estado, dos dirigentes de entidades da Administração Federal indireta, do Procurador-Geral da União, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Procurador-Geral Federal e dos Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria; 2 - A solicitação deverá ser acompanhada dos seguintes documentos: - indicação de representante(s) para participar de reuniões e trabalhos; - manifestação conclusiva que externar a controvérsia e o entendimento jurídico do órgão ou entidade; e - cópias dos documentos necessários ao deslinde da controvérsia. 3 - Caberá ao conciliador designado analisar preliminarmente a pertinência do procedimento conciliatório; 4 - Na hipótese de cabimento, será dada ciência da controvérsia ao órgão ou entidade apontada pelo solicitante, para que apresente sua manifestação e documentos (art. 4º, da Portaria nº 1.281/2007). Recebida(s) a(s) resposta(s), se o Conciliador entender possível a conciliação, os representantes indicados serão convidados a participar de reunião conciliatória; 5 - Em qualquer fase do procedimento, poderão ser realizadas outras reuniões conciliatórias e solicitados novos documentos aos interessados, visando à solução do conflito; 6 - Quando o conflito for local/setorial, as atividades conciliatórias poderão ser deslocadas para os Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs), que integram a Consultoria-Geral da União, ou para outra unidade da AGU, sob supervisão da CCAF; 7 - Frustrada a conciliação, passa-se ao arbitramento, que é a submissão ao crivo do Advogado-Geral da União, nos moldes do artigo 40, da LC 73/90, de um parecer elaborado no âmbito da CCAF ou da Consultoria da União, para dirimir o conflito. (BRASIL, 2008).

Também cumpre se referir ao denominado *Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard*, o qual tem como “[...] objetivo apresentar a teoria da negociação aos membros e servidores da Advocacia-Geral da União, aplicada à realidade da Instituição.” A confecção de tal manual se originou de profundos estudos dos “Advogados da União e Procuradores Federais autores, os quais se capacitaram com o apoio da Escola da AGU, participando de cursos oferecidos pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação, Fundação Getúlio Vargas e Harvard Law School”, informando que “[...] a linha de estudos apresentada no presente manual é baseada na Teoria da Escola de Harvard, conhecida como Projeto de Negociação de Harvard”, o qual adotou a divisão didática do processo de construção de consensualização em cinco fases,

sendo elas a “Preparação, Criação, Negociação, Fechamento e Reconstrução”, trazendo, assim, vastas e úteis ideias de procedimentalização que poderiam contribuir com a normatização de um procedimento para conduzir a consensualização no conflito judicial regulatório (SANTOS *et al.*, 2017, p. 6).

Cumprido destacar, nesse contexto da apresentação de um acervo inspirador para procedimentos que poderiam ser adotados e adaptados total ou parcialmente pelo controlador judicial regulatório como norte para a consensualização, o *Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal*, de autoria conjunta de Takahashi *et al.* (2019), isto porque é, na esfera da competência da Justiça Federal, que tramita a grande maioria das demandas que envolvem matérias relativamente a decisões e políticas regulatórias.

Embora em tal documento exista a referência ao procedimento de consensualização referente às matérias originadas do Sistema Financeiro de Habitação e contratos bancários, ações previdenciárias, execução fiscal, danos morais e materiais, saúde e improbidade administrativa, não há menção à matéria regulatória, talvez, conjectura-se, porque, por sua complexidade e alta tecnicidade, mereça uma abordagem diferenciada por exigir grande discussão e debates para implementar um manual específico de parâmetros e diretrizes procedimentais que proporcionem nortes racionais, orgânicos e lógicos para instauração do método da consensualização, sem que seja hermeticamente fechado e estanque.

Tanto assim que os autores esclarecem: “Na parte das áreas temáticas específicas, o objetivo foi apresentar – e não esgotar – os assuntos e trazer cenários concretos em que os mecanismos consensuais podem ser aplicados.” Assim, explicam, “[...] podem ser acrescidos textos e apostilas complementares voltadas a segmentos específicos.” (TAKAHASHI *et al.* 2019, p. 16). De qualquer forma, esse manual, por sua imensa riqueza externada, traz diretrizes, ideias, inspirações e nortes para o manuseio e a condução pelo controlador judicial de um procedimento pré-litigioso de consensualização que poderão se constituir em referências muito úteis relativamente à matéria regulatória quando judicializada.

Takahashi *et al.* (2019, p. 60) trazem, por exemplo, técnicas de negociação de fundamental importância para qualificação e tecnicidade dos atores, propondo “[...] um olhar eclético para o procedimento e para as diversas técnicas de negociação, mediação e conciliação, com especial enfoque para aquelas que sejam mais úteis no tratamento de disputas frequentes na Justiça Federal.” E citam, também, a descrição de fases e técnicas para mediação e conciliação. Sobre as fases do procedimento, sugerem a primeira como o momento da “pré-mediação/conciliação”, por ser “[...] fundamental ouvir todos os atores envolvidos, construindo-se conjuntamente o procedimento, antes de se iniciar as sessões propriamente

ditas”. Eles se referem à fase da abertura em que relaciona os procedimentos de “apresentar-se e pedir que as partes e seus representantes se apresentem”; “identificar e diferenciar os papéis de cada um dos envolvidos”; “verificar a representação das partes”; “diferenciar o papel do conciliador do papel do juiz”; e “explicar em linhas gerais como se dará o procedimento.” Em seguida, tratam da terceira fase, que denominaram “investigação inicial do conflito”, da quarta fase, o “desenvolvimento”, e a última fase, a “redação do termo e encerramento”. (TAKAHASHI *et al.*, 2019, p. 64-66).

Para os fins propostos nesta pesquisa, é suficiente destacar, como se fez, normas, regras, documentos e outros instrumentos regrativos que trazem inspiração para a procedimentalização com o fim de se realizar, tornar factível e possível a consensualização no controle judicial do conflito de natureza regulatória. Trata-se de um grande desafio, pois, ainda que as normas e as regras, aqui, referidas sejam fundamentais como fios condutores procedimentais, não enfrentem diretamente as nuances e especificidades das questões regulatórias e se concentrem em sugestões para um procedimento orgânico dirigido às demandas judiciais mais corriqueiras, também se prestam como úteis referências lógicas e orgânicas para o procedimento específico na solução de demandas regulatórias judicializadas, frise-se, profundamente complexo, composto de multiatores e multidisciplinar.

Não poderia ser diferente, pois qualquer procedimento para realização da técnica da consensualização sempre terá como principal objetivo parametrizar/orientar, sem se impor hermeticamente fechado e bastante em si mesmo, visto que a construção da consensualização envolve vários aspectos objetivos e subjetivos que se desenham e dialogam de forma dinâmica, próprios da técnica da consensualização e da natureza única de cada conflito por mais que sejam repetitivos e rotineiros, aspectos esses que se refletem na realização ou não do seu objetivo (a consensualidade). Nesse desenho na seara regulatória, acrescenta-se sua alta tecnicidade complexa que amplia e aprofunda o ambiente para consensualização e se diversificam fontes e atores envolvidos na coleta de informações adequadas para solução por meio dessa técnica.

Por fim, para evitar, também, que se incorra em um procedimento moroso, os processos de instrumentalização de consensos devem se submeter a prazo certo peremptório para sua finalização. O processo de consensualização deve estar condicionado a um prazo certo e dinamizado por impulsionamento ágil do controlador judicial, que acaba assumindo a tripla função de juiz, mediador e conciliador, conforme as especificidades e o dinamismo das ocorrências no curso procedimental. Passado o prazo certo, a efetividade do acesso à ordem jurídica justa ocorrerá por meio da solução consensualizada de multiatores, ou se dará pelo prosseguimento do trâmite processual, finalizando com a unilateralidade decisória.

Se é possível a consensualização durante o controle judicial de uma demanda (inclusive a de natureza regulatória), existindo normas referenciais (como as citadas anteriormente) que regulam e procedimentalizam essa técnica de solução de demandas e se essa realidade cada vez mais se incorpora institucionalmente (na administração pública e no Poder Judiciário) de forma concreta como política pública para realização do acesso à justiça, não é impossível a implementação de um procedimento orgânico para, também, orientar o controlador judicial na busca de consensualização em uma lide de natureza regulatória complexa, mas há de se reconhecer as dificuldades inerentes à complexidade da matéria regulatória.

É certo que a complexidade inerente a uma decisão e a uma política pública regulatória, a limitação e a deficiência do Poder Judiciário em sua estrutura material, humana e técnica para o enfrentamento da matéria regulatória, ainda o fato da inexistência de varas judiciais especializadas em regulação, os custos financeiros imprevisíveis de um procedimento de consensualização especializado complexo, composto de diversos atores e especialistas, são aspectos dificultadores para consensualização. Mas esses fatores reais não podem se constituir em óbices intransponíveis para que se busque a procedimentalização orgânica diretiva/orientativa para consensualização nas lides judiciais regulatórias como meio de efetivação da garantia fundamental do acesso à ordem jurídica justa, sem que a opção por esse caminho configure qualquer exclusão ou redução do acesso à justiça, via clássica adjudicação judicial.

A inexistência de varas judiciais especializadas em lides regulatórias realmente se externa como um problema para efetividade de um procedimento de consensualização, pois se exige um procedimento próprio específico, com especificidades técnicas, especializadas e complexas, o que torna justificável a existência de varas especializadas na matéria regulatória à semelhança das existentes varas judiciais da Fazenda Pública, da Família, dos Registros Públicos, do Consumidor etc., para que se aparelhem materialmente e tecnicamente para construção das soluções e para otimizar o acesso à justiça.

Apesar de ser fundamental que ocorra a procedimentalização para concretização da consensualização no conflito judicial regulatório, o controlador judicial sempre possuirá a obrigatória vinculação ao manejo e à aplicação dos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da legalidade em cada caso concreto, funcionando como juiz, mediador e conciliador nos momentos e dentro do contexto de observação da juridicidade, em uma ordem jurídica unitária, focado na eficiência e no resultado benéfico de interesse público, a que se propõe a competência regulatória, em última instância, voltado à garantia da dignidade humana.

A técnica da consensualização pode se prestar ao papel pacificador, mas exige do controlador judicial e de seus diversos e necessários atores participativos não apenas o manejo racional e lógico de um procedimento orgânico condutor da dinâmica construção coletiva da solução consensualizada, mas que estejam capacitados tecnicamente e imbuídos de discernimento lógico para sedimentar/fundamentar a construção do consenso/resultado no ambiente de juridicidade. Dito isso, é fundamental afirmar que o caminho da consensualização no controle judicial de natureza regulatória é o instrumento que pode proporcionar a realização do princípio da eficiência, pois, nas palavras de Cyrino (2018, p. 173, grifo do autor), “[...] a eficiência encerra um padrão de ação estatal, devendo ser entendida como a busca da *otimização* da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis e a maior celeridade.”

A técnica da consensualização adequadamente procedimentalizada pode otimizar e potencializar a gestão do conflito regulatório na esfera administrativa e na judicial de forma mais eficiente, adequada e célere, até porque tanto o Estado administrativo quanto o Estado judicial estão vinculados ao princípio da eficiência no resultado do exercício de suas competências, especialmente, o de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Além disso, é possível garantir a segurança jurídica por meio da consensualização procedimentalizada no controle judicial de escolhas regulatórias, pois, partindo da constatação da plausibilidade, de que a pacificação social pode ser alcançada pela consensualização, pavimenta-se a estabilização nas relações jurídicas antes em conflito, bem como se permite a construção de uma solução adequada e eficiente em tempo mais razoável e com ânimo de adesão maior a seu conteúdo, por ser construída diretamente pelas partes envolvidas no conflito.

Nesse contexto, a consensualização constitui-se em mecanismo hábil e adequado para conter a incerteza e a imprevisibilidade na regulação judicializada, já que, uma vez alcançado o consenso, é possível garantir os contornos clássicos da segurança jurídica pelos efeitos da estabilidade e pela certeza nas relações jurídicas ora pacificadas, o que se alcança, sobretudo, pela conciliação de interesses divergentes, restabelecendo a boa fé e a confiança legítima pela construção de um consenso em um procedimento democrático participativo. Acrescente-se, ainda, que a segurança jurídica se externa não apenas pela própria natureza/contéudo da decisão final coletiva, resultado do consenso, mas, como se trata de consensualização na esfera judicial, necessariamente, tal decisão consensual deverá ser homologada por sentença judicial, cuja segurança jurídica se concretizará formalmente e eficazmente com o trânsito em julgado de tal sentença homologatória.

5 CONCLUSÃO

Nesta dissertação, foi trilhado um caminho a partir de uma fotografia contextual das características do Estado administrativo contemporâneo, funcionalmente ampliado e diversificado, em diálogo com os fundamentos doutrinários, constitucionais e infraconstitucionais justificadores da consensualização como alternativa instrumental no cumprimento de suas atribuições e competências objetivando eficiência e resultados.

Empenhou-se em demonstrar que, além dos fundamentos legais justificadores para consensualização, o próprio perfil contemporâneo multifuncional do Estado administrativo se constitui em fundamento e estímulo para utilização da consensualização como instrumento de realizações, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, tornando a consensualização um dos objetivos institucionais do atual modelo de governo de afirmação do poder regulador através de agências administrativas em seus atos e relações.

Em verdade, foi possível constatar e concluir que a realidade do atual Estado administrativo, ampliado em suas funções, exige o diálogo permanente com as instituições públicas ou privadas, e com a sociedade plural, externando-se multifuncional, complexo, ampliado e diversificado, com vastas atribuições para decidir e agir a fim de garantir extenso plexo de direitos fundamentais e, simultaneamente, se procedimentalizando de forma irreversível a sua feição de administração democratizada, sustentável e pluralmente participativa.

Esse contexto gerido e fundamentado por uma ordem jurídica ampliada da legalidade para um sistema de juridicidade unitária passou a exigir do Estado administração não apenas o cumprimento da legalidade, mas, também, a contínua busca de eficiência e resultados no exercício de suas competências mais ampliadas/complexificadas. Nessa senda, a utilização dos métodos de consensualização habilita-se como um dos instrumentais para se qualificar como boa administração.

Sendo assim, ao proceder à fotografia contextual do perfil do atual Estado administrativo, inserido e conectado com a consensualização, como um dos instrumentos para suas realizações, foi realizado um recorte na pesquisa, embrenhando no Estado administrativo regulador, com destaque para seu aspecto decisório de intervenção econômica complexo e a possibilidade da utilização da consensualização, tanto para construção interna de suas decisões regulatórias quanto para solução de um conflito administrativo e/ou judicial.

Em seguida, foi abordada a gradativa adesão do Estado administrativo à procedimentalização de métodos concertativos por meio de suas agências reguladoras, que

passaram a editar normas específicas com definições, parametrizações e processos dirigidos à implementação da consensualização como política prioritária para solução de conflitos, seguida de uma análise parcial da resolução da ANTT, como referência de pesquisa, para demonstrar a experiência consensual nas agências.

Indo adiante no fio condutor, procedeu-se à análise da atual situação da judicialização da escolha administrativa regulatória, na qual foram apontados os principais problemas em seu controle judicial, com destaque para morosidade, limitação técnica do controlador e incerteza jurídica. Além disso, elementos regravativos foram dispostos para verificar a possibilidade da procedimentalização da técnica da consensualização no controle judicial, a fim de trazer algumas reflexões e referências sobre o procedimento, as dificuldades e a possibilidade de tal técnica ser instrumento de eficiência, celeridade e segurança jurídica. Cumpre, agora, perscrutar se a hipótese inicialmente formulada, referente à possibilidade de utilização da consensualização no controle judicial da decisão regulatória como instrumento de solução do conflito, foi confirmada.

A conclusão que se chega é no sentido de que, uma vez judicializada a escolha ou a política pública regulatória, mesmo com algumas dificuldades (inexistência de varas judiciais especializadas em regulação, limitações na estrutura humana e material do Judiciário, custos imprevisíveis, entre outros), é possível habilitar a técnica da consensualização como meio eficaz para solução adequada do conflito judicial, sendo possível garantir eficiência, celeridade e segurança jurídica nesse resultado consensual, desde que se consiga construir uma adequada, racional, orgânica e lógica procedimentalização da consensualização como parâmetro para condução de tal técnica pelo controlador judicial, à semelhança do que já ocorre com outras demandas de competência da Justiça Federal.

REFERÊNCIAS

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. Participação social. Disponível em: www.aneel.gov.br/participaçãosocial. Acesso em: 7 out. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladora e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 86-87.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 120 fev./maio 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e120-1659>. Acesso em: 10 out. 2021.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 7, out. 2001.

BANHOS, Sérgio Silveira. A participação da sociedade e a transparência na nova lei geral das agências reguladoras: o prestígio à boa administração. *In*: FONSECA, Reinaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (coord.). **Direito regulatório: desafios e perspectivas para a administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 159.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 310-311.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a administração pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/RINC.VI1.49773. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.472**, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Presidência da República, Brasília, DF, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19**, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras

providências. Presidência da República, Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.782**, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Ato Regimental AGU nº 5**, de 27 de setembro 2007. Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes. Presidência da República, Brasília, DF, Lex. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:ato.regimental:2007-09-27;5>. Acesso em: 10 nov. 2019

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal** - CCAF: cartilha. Brasília: AGU, Consultoria-Geral da União, 2008. 14 p.: il.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 629**, de 16 de dezembro de 2013. Aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC). DOU de 18 dez. 2013, retificado em 3 fev. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.058/2-14** de 2014. Deputado Paulo Teixeira. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1284947. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.129**, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem [...]. Presidência da República, Secretaria-Geral, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Presidência da República, Brasília, DF, 2015c. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.190**, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nºs 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, 7.210, de 11 de julho de 1984 [...]. Presidência da República, Brasília, DF, 2015d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13190.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Presidência da República, Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.448**, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário [...]. Presidência da República, Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.655**, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Presidência da República, Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em 7 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 136**, 10 de outubro de 2019. Acrescenta inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. Atividade Legislativa, Brasília, DF, 2019a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138749>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. **Resolução nº 5.845**, de 14 de maio de 2019. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. Ministério da Infraestrutura, Diretoria Colegiada 2019b. Diário Oficial da União, seção 1, 17 maio 2019, ed. 94, p. 22. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-5.845-de-14-de-maio-de-2019-104559141>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.848**, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 [...]. Presidência da República, Brasília, DF, 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em 7 out. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo: Direito Público** [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 9, n. 103, p.

7-16, set. 2009. Disponível em:

<http://dspace/xmlui/bitstream/item/5800/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 maio 2013.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 134.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. **Decisão judicial e políticas públicas: limites controle e medidas judiciais**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (org.). **Tribunais, doutrinas essenciais, volume VI: responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Edições Especiais, Editora Revista dos Organizadores, 2010. 37

CORREIA, Jose Manoel Servulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C Revista de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, p. 45-66, jan./mar. 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O direito administrativo no divã do Estado constitucional de direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. **Revista ESMESC**, Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 209, 2014.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da constituição econômica brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 249.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 95.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discrecionalidade administrativa? **Revista Brasileira de Direito Público RBDP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set. 2013.

FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Fernando Quadros da. Justiça e segurança normativa à luz de aperfeiçoamentos no processo regulatório. *In*: FONSECA, Reinaldo Soares da; GOMES DA COSTA, Daniel Castro (coord.). **Direito regulatório desafios e perspectivas para a administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 57.

FALECK, Diego. Desenho de sistemas de disputas no contexto da justiça federal: uma introdução. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (coord.). **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. (Coleção MASC - Meios Alternativos de Solução de Conflitos). São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014. p. 229-251.

FARIA, Luzardo. O fenômeno de consensualização do direito administrativo: fundamentos, repercussões e críticas. **Int. Públ. – IP**, Belo Horizonte, ano 22, n. 121, p. 111-143, maio/jun. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **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**. Relatório da pesquisa. São Paulo: USP, 2011. Disponível em:
http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf. Acesso em: 3 nov. 2021.

FRANÇA, Phillip Gil. Ato administrativo, consequencialismo e compliance – gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. p. 121, 2019.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública, combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 160-168.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 23.

FREITAS, Juarez. Negociação proba no direito administrativo brasileiro: a superação do jogo de soma zero. **Revista de Direito Administrativo**, Lisboa-Portugal, n. 1, jan./abr. p. 115-123, 2018.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana (coord.). **O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público**. Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 6. (Série Pensando o Direito).

GOIÁS (Estado). **Lei Complementar nº 144**, de 24 de julho de 2018. Institui a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA). Goiânia, 2018. Disponível em: www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=22891. Acesso em: 8 nov. 2021.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana B. de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>. Acesso em: 12 out. 2021.

GUERRA, Sérgio. Regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte. Fórum, 2018. p. 244.

GUERRA, Sérgio. Controle judicial das escolhas regulatórias: o fim do protagonismo do Superior Tribunal de Justiça? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 34-35.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JÚNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJ RJ à Agenesra. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018. ISSN 24475467. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/view/307>. Acesso em: 1 nov. 2021. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i2.307>.

LEAL, Rogério. Considerações preliminares sobre o direito administrativo brasileiro contemporâneo e seus pressupostos informativos. **A&C Revista de Direito Adm. e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11 jan./mar. Editora Fórum, 2003.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. A revisão judicial de decisões das agências regulatórias: jurisdição exclusiva? *In*: PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA**, v. 4, n. 1, p. 274-293, 2017. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v4i1p274-293. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125810>. Acesso em: 6 out. 2021.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 38.

MORAES, Alexandre de. **Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Revista de Direito Administrativo, Ed Atlas, 2006. p. 13.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O direito administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 11, n. 11, 2013. p. 67-98. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 8 nov. 2021. ISSN 1982-7636.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. DOI: 10.11606/D.2.2010.tde-18112011-141226. Acesso em: 4 out. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atividade normativa da administração pública**: estudo do processo administrativo normativo. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. DOI: 10.11606/T.2.2017.tde-18052017-131051. Acesso em: 4 nov. 2021.

PASTORE, Ana Claudia Ferreira. Soluções alternativas para resolução de conflitos e agências reguladoras: limitações e propostas. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro *et al.* (coord.). **Justiça Federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 551-571.

PEREIRA JUNIOR, José Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita a lógica razoável. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 48.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; LANCIERE, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: uma proposta de sistematização. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 140-185.

PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. Tese (Livre Docência em Discricionariedade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. DOI: 10.11606/T.2.2019.tde-22042019-144541. Acesso em: 17 out. 2021.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito determinável. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 98-99.

SADY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 19.

SALLES, Carlos Alberto de. Alguns aspectos fundamentais da arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, nº 79, p. 51-63, jan./jun. 2014.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; FONSECA, Gabriel Soares da. Intervenção judicial e políticas regulatórias: por uma análise institucional. *In*: FONSECA, Reinaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (coord.). **Direito regulatório**: desafios e perspectivas para a administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 175.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos *et al.* **Manual de negociação baseado na teoria de Harvard**. Escola da Advocacia-Geral da União. Ministro Victor Nunes Leal. Brasília: EAGU, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. *In: TALAMINI, Eduardo (coord.). Processo e administração pública*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 327-345.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. *In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI Bruno (coord.). Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. (Coleção MASC - Meios Alternativos de Solução de Conflitos). São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014. p. 189-207.

SPENGLER, Fabiana Marion; ETGES, Filipe Madsen. Da resolução alternativa de conflitos à solução de disputas online: caminhos para o futuro da administração pública. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, p. 216-238, maio-agosto, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

TAKAHASHI, Bruno *et al.* **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019. 179p. ISBN 978-85-8296-029-5.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público. *In: DIDIER JR., Fredie (coord.). Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. Salvador: JusPodium, 2017. p. 275-297.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O microsistema dos juizados especiais federais cíveis e a (re)afirmação do modelo de justiça consensual pela introdução da fase pré-litigiosa autocompositiva nas suas estruturas comunicativas. *In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI Bruno (coord.). Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. (Coleção MASC - Meios Alternativos de Solução de Conflitos). São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014.