



Opinião: A LINDB e o consenso na função de polícia administrativa

16/07/2018

Não se desconhece que a doutrina é fonte do Direito. Mas isso não importa dizer que o Direito possa restar aprisionado a ensinamentos doutrinários. Nada obstante, assim se passou com o Direito Administrativo. A maior parte dos seus institutos teve os regimes jurídicos cunhados a partir das lições doutrinárias que tiveram origem, no final do século XIX, lastreadas no racional de um regime jurídico-administrativo (caracterizado por relações verticalizadas e pautado em prerrogativas publicísticas). O exercício do poder extroverso estatal, também conhecido como *police administrative* na França — que orientou os quadrantes do poder de polícia no Brasil — e como *police power* nos Estados Unidos, é um exemplo saliente dessa influência.

Malgrado a sua gênese esteja atrelada à submissão da administração à legalidade (no auge de um Estado liberal), as principais características que lhe foram atribuídas, pela doutrina, lhe conferiram um viés arbitrário. Ancorada no atendimento do indeterminável interesse público, a administração pública estaria autorizada a limitar direitos individuais em prol dos interesses da coletividade. Para tal desiderato, tal função pública seria detentora das características da *discricionariedade* (podendo ser exercida sob critérios de conveniência e oportunidade), da *autoexecutoriedade* (prescindindo, pois, a administração pública da interveniência do Poder Judiciário para o seu exercício) e da coercitividade (pelo que poderia ser imposta aos particulares, independentemente de sua anuência).

Outro dogma atrelado ao exercício da função extroversa diz com a unicidade do regime jurídico dos títulos habilitatórios de consentimento estatal. É dizer, ao longo do tempo, defendeu-se o entendimento de acordo com o qual as *autorizações* seriam atos discricionários, unilaterais e precários, ao passo que as *licenças* seriam atos administrativos vinculados e estáveis. Cuida-se de entendimentos que não resistiram, por exemplo, aos influxos trazidos pela função reguladora ao atuar da administração pública, seja em razão do seu viés de processualização dos interesses enredados em determinado sistema econômico, seja em razão da sua necessária estabilidade — por ser insulada de influências políticas (designada de *regulatory commitment*). Nesse quadrante, pautado pela densificação normativa da função reguladora, o ordenamento jurídico pátrio caminhou na firme trilha de desconstruir o dogma doutrinário de acordo com o qual as designações de um ato administrativo como licença e autorização seriam critérios prestantes a qualificar um ato de polícia como discricionário ou vinculado. São exemplos dessa “desmistificação” a *autorização vinculada*, serviente a franquear a exploração dos serviços de telecomunicações, no regime privado, prevista no artigo 131 da Lei 9.472/1997, bem como a licença ambiental, prevista na Lei Complementar 140/2011, que não poderia ser mais discricionária.

Nessa mesma direção da superação dos paradigmas construídos a propósito do exercício do poder extroverso, passa a vigorar o artigo 26 da Lei 13.655/2018 (denominada de Lei da Segurança para a Inovação Pública), o qual dispõe que, “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”.

Cuida-se de relevante previsão da introdução do consenso no exercício no poder extroverso estatal. Temos que duas são as características de tal função que restaram superadas, a partir da vigência de tal dispositivo. A primeira, de que o poder de polícia seria, necessariamente, coercitivo. É que, de acordo com o novel diploma, o administrado é chamado a participar da formação da decisão de polícia — o que, de resto, já poderia ser extraído da vertente da processualização, prevista no artigo 5º, inciso LV, da CRFB e do parágrafo único, do artigo 78 do CTN. Mais que isso, supera-se o entendimento (mais caracterizado como uma prerrogativa) de acordo com o qual o poder extroverso deveria ser exercido ao interno da burocracia.

A segunda, de que tal função seria sempre discricionária. Assim já não se passava, já que casos há em que o exercício de tal função é predominantemente vinculado (a exemplo do regime jurídico do registro para o porte de armas, previsto no artigo 4º da Lei 10.826/2003). Nada obstante, por intermédio no novel diploma, cogita-se que, à medida que a função de polícia passa a ser permeada pelos interesses dos administrados, a sua discricionariedade passará a ser bem reduzida — ou, quando menos, os atos administrativos delas decorrentes passarão a ser, objetivamente, controláveis.

Ademais disso, o dispositivo em comento servirá como um permissivo genérico para a celebração de acordos, no âmbito da função de polícia administrativa, de que são exemplo os termos de compromisso de gestão, a serem celebrados entre entidades administrativas, como bem destacado pelo excelente artigo do sempre preciso Luciano Ferraz, publicado aqui na **ConJur**[1]. Mais que isso, o dispositivo comentado servirá como um permissivo genérico à celebração de acordos prévios à própria instauração do processo administrativo sancionador. Não se trata de prescrição novidadeira. No âmbito do sistema brasileiro da concorrência, com um racional similar, tem lugar o compromisso de cessação de conduta violadora da ordem econômica (artigo 85 da Lei 12.529/2011) e, na seara ambiental, o compromisso de cessação de infrações ambientais (artigo 79-A da Lei 9.605/1998).

Não bastassem os efeitos da substituição do procedimento sancionador por atos negociais, em termos de eficácia (os quais já ressaltamos, em outra oportunidade, ao comentarmos o artigo 27 [2] da Lei 13.655/2018), tais ajustes terão a vantagem de coibir, de forma imediata, condutas que ofendam a ordem jurídica. Isso porque a suspensão ou a alteração da conduta do compromissário é parte integrante do próprio acordo. E disso decorrem, ao menos, dois efeitos positivos. O primeiro é que o poder público terá menores custos para inibir o ilícito, já que a suspensão ou a alteração da conduta contará com a aquiescência do compromissário. O segundo é que, como a conduta é voluntária, à luz da lógica dos incentivos, o compromissário tende a lhe prestar deferência.

Nada obstante, temos que, para que o acordo de que cuida o dispositivo em comento seja eficaz, alguns quadrantes deverão orientar a sua aplicação. O primeiro deles é o de que do

compromissário não poderá ser exigida a confissão da prática do ato violador do ordenamento jurídico, mas, tão somente, a adequação de sua conduta aos ditames fixados pela administração pública — do contrário, restar-se-iam violados os ditames da presunção da inocência (artigo 5º, LVII, da CRFB) e da interdição da autoincriminação (previsto no artigo 5º, LXIII, da CRFB e na Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário).

O segundo diz com a necessidade do estabelecimento de um efetivo procedimento de negociação entre as partes, de modo que o particular possa, efetivamente, participar da formação do ato de polícia, interditando-se atos administrativos de adesão, nos quais o concurso de vontades seja um simulacro. O terceiro, de que todas as entidades que possam ter competência para exercício do poder extroverso sobre as atividades exercidas pelos compromissários lhe devam deferência, sob pena de tal ajuste restar inviabilizado por conta de sua instabilidade — como ficou decidido no Mandado de Segurança 35.435, a propósito da possibilidade de revisão de acordo de leniência pelo TCU. Quarto é a vinculação da produção de efeitos do acordo à sua publicação, interditando acordos de gaveta. Por fim, que, no instrumento dele resultante, estejam previstos, nos termos do parágrafo 1º, IV, do dispositivo comentado, com clareza, as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento; a objetividade do acordo, a sua transparência e as reprimendas pelo seu descumprimento são, pois, condições essenciais à sua exequibilidade.

Para além de tal prescrição, o dispositivo insere a negociação no âmbito dos procedimentos de consentimento de polícia. Cuida-se de dispositivo com similar racional ao disposto no artigo 135 da Lei 9.472/1997, de acordo com o qual “a Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”.

O objetivo de tal concertação de vontades é o de estabelecer condições para que particular possa exercer determinada atividade econômica (artigo 170, parágrafo único, da CRFB), especialmente vocacionada às hipóteses em que, seja por razões econômicas, seja por objetivos constitucionalmente tutelados (a exemplo da proteção da concorrência), o consentimento administrativo terá de ser negociado. Um exemplo ilustra o exposto. Cogite-se da hipótese em que a exploração de uma atividade industrial não comporte, pelas externalidades negativas por ela produzidas, diversos prestadores (por exemplo, pela instauração de uma concorrência predatória). Nesse quadrante, o poder público, por ocasião do procedimento de consentimento de polícia, poderá negociar condicionantes a propósito da atuação do particular (duração, regime de preços, parâmetros qualitativos do desenvolvimento de sua atividade), para o efeito de deferimento do título habilitatório — o que já ocorre, por exemplo, em procedimentos de licenciamentos ambientais, mas que passará a ser expressamente permitido em todo o procedimento de consentimento de polícia.

A Lei 13.655/2018, diferentemente do que ela foi acusada, não tem o desiderato de fomentar ilicitudes, ou de tornar o controle mais lasso. Muito ao revés, o racional na nova lei — do qual é saliente o seu artigo 26 que ora se comenta — é o de conferir transparência às relações público-privadas. A história demonstrou que o arbítrio e a unilateralidade do exercício do poder extroverso, em vez de reprimir, fomentaram a prática de ilegalidades. Consagrou a nefasta



lógica do “criar dificuldades, para vender facilidades”. A Lei 13.655/2018 caminha no sentido oposto; processualiza e confere transparência ao consenso. É um novo caminho para os próximos anos da história sobre o exercício da função de polícia.

[1] <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica>

[2] <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opinioao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-jul-16/opinioao-lindb-consenso-funcao-policia-administrativa/>