



Opinião: A nova LINDB e os paradigmas para acordos substitutivos

11/05/2018

A consagração da consensualidade no Direito brasileiro é um movimento que tem sido levado a efeito de forma segmentada. Nas últimas décadas, vários atos normativos previram formas de materialização da consensualidade administrativa, como a previsão de consultas e audiências públicas prévias à edição de normativos, bem como uma plêiade de dispositivos que disciplinaram espécies díspares de acordos substitutivos. A nova LINDB (Lei 13.655/2018), denominada Lei da Segurança para a Inovação Pública, por intermédio de seu artigo 27, deu um importante passo para a consagração definitiva da consensualidade no Direito brasileiro, destacadamente no que toca aos acordos administrativos endo e extraprocessuais.

De acordo com o novel dispositivo, “a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”. Cuida-se de um permissivo genérico para a celebração dos denominados “acordos substitutivos”, o qual, de resto, seria até mesmo desnecessário, considerando o disposto no artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei 7.345/1985. Porém, a inclusão de um permissivo genérico para a celebração de tais ajustes, em uma lei interpretativa, põe termo à controvérsia a propósito da imprescindibilidade de sua previsão em normas de primeiro grau.

A segunda ordem de questionamentos que se esvaem com tal permissivo diz com o antigo (e em vias de superação) entendimento de acordo com o qual a chamada “supremacia do interesse público” interditaria a disponibilidade do procedimento administrativo sancionador e do valor da multa dele decorrente. Tal entendimento não nos parece o melhor. Para além de o chamado princípio da supremacia do interesse público (na qualidade um valor metodológico) não ter previsão normativa, nem acolhimento pela maior parte da doutrina, tal adágio seria antípoda à própria legislação vigente, que autoriza a celebração de pactos negociais envolvendo o poder público.

Some-se isso o fato de que, no âmbito de uma função de polícia no Estado Democrático de Direito, a sanção deve ser a *ultima ratio*. O simples ato de punir não está inserido como prioridade nas pautas administrativas. Na verdade, neste particular, a sanção só será legítima se for o instrumento mais adequado para equilibrar os interesses enredados em determinada situação concreta. E isso, na prática, é de difícil aferição, seja porque, a depender do poder econômico do agente apenado, ela não atingirá o seu necessário caráter dissuasório, seja porque o próprio recebimento da multa, pela administração pública, é incerto (considerando as diversas possibilidades de sua impugnação, administrativa e judicialmente). Para além de tais aspectos pragmáticos, é de ressaltar que a função polícia administrativa não deve ser orientada por um viés arrecadatório; se o for, produzirá um ato administrativo maculado pela pecha do desvio de finalidade.

O dispositivo em comento também põe termo aos questionamentos a propósito da possibilidade de os valores que seriam arrecadados, a título de multa, serem reconduzidos à realização de novos investimentos, ainda não previstos em módulos concessórios — tema que restou parcialmente equacionado por intermédio do Acórdão 2.121/2017 do Tribunal de Contas da União[1].

Nada obstante, temos que, em determinadas hipóteses, a celebração dessa espécie de acordos pode ser a única escolha regulatória possível. Cogite-se, por exemplo, da hipótese em que: (i) o serviço concedido necessite de investimentos não previstos, originalmente, no contrato; e (ii) para fazer frente a tais investimentos, não seja mais possível se utilizar da variável prazo (por intermédio do expediente da prorrogação), da redução de obrigações de desempenho dos concessionários (sem prejuízo da adequada prestação do serviço público), nem aumentar a tarifa do serviço concedido (sem prejuízo da modicidade tarifária). Nessa hipótese, a celebração do acordo substitutivo de que trata dispositivo em comento tratar-se-ia de um poder-dever.

Destaque-se que tais investimentos não podem ser estipulados ao alvedrio do regulador. Muito ao contrário, a sua realização será fruto de uma concertação entre as partes. Isso porque, como é de conhecimento convencional, as cláusulas econômicas dos contratos administrativos só podem ser alteradas, com a aquiescência do contratado, consoante dispõe o parágrafo 1º, do artigo 58, da Lei 8.666/93 (dispositivo aplicável, supletivamente, às concessões). Afora isso, tais investimentos terão de ser realizados em bens vinculados, direta ou indiretamente, ao serviço delegado. Não se poderia cogitar, por exemplo, que as multas que seriam aplicadas a um concessionário de rodovia fossem revertidas para o cumprimento das obrigações de universalização de uma concessionária de um Serviço de Telefonia Comutado (STFC). O nítido desvio de finalidade interditaria tal reversão. Ainda sobre esse tema, temos que tais novos investimentos teriam de observar a metodologia do fluxo de caixa marginal, por intermédio da qual se busca reequilibrar contratos de longo prazo, nas hipóteses de inserção de obras e serviços não acordados quando da sua pactuação. Todas essas nuances terão de ser objeto de ampla fundamentação consoante dispõe o parágrafo 1º do dispositivo em comento, de acordo com o qual a “decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor”.

A partir desse dispositivo, é de se investigar a natureza jurídica dessa espécie de acordo. Dois entendimentos serão, possivelmente, confrontados. O primeiro deles, de que se trataria de uma transação privada, prevista no artigo 840 do Código Civil. O segundo, de que se trataria de um contrato administrativo típico. Tais entendimentos não nos parecem os melhores.

A natureza de negócio jurídico privado não se coadunaria com um instrumento que veicula a substituição do exercício do poder extroverso por uma entidade com personalidade jurídica de direito público. Do mesmo modo, o ainda vigente regime jurídico único dos contratos administrativos, com as exorbitâncias que lhe são salientes, mostra-se incompatível com a natureza negocial dos acordos substitutivos. Temos que os acordos substitutivos têm natureza jurídica de negócio jurídico processual. Não do ato administrativo de outrora, pautado pela unilateralidade e pela imperatividade. Mas de um negócio processualizado, permeado pelo consenso, que deve ser praticado com base em juízos pragmáticos e prospectivos, nos termos do que dispõe o artigo 20 da própria Lei 13.655/2018.

Subverteria o sistema interpretativo introduzido pela Lei 13.655/2018 que tal acordo pudesse ter o seu mérito revisto, por exemplo, no exercício do controle externo. É fora de dúvida que, no que toca às atividades-meio das agências reguladoras, os tribunais de contas dispõem de ampla competência para levar a efeito o controle de suas atividades sobre seus aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais. Assim não se passa com os acordos substitutivos, instrumentos que materializam uma das suas principais atividades-fim: compor os interesses enredados no âmbito dos setores regulados.

Nesse quadrante, temos que a interpretação sistemática do dispositivo em comento caminha na firme trilha de consagrar o dever de deferência às interpretações administrativas consagrado no multicitado precedente da Suprema Corte norte-americana *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 US 837 (1984) — recentemente revisitado pelo precedente *Arlington et al. vs. FCC* (133 S. Ct. 1863 (2013)). De acordo com tais precedentes: (i) deve ser verificado se a matéria foi disciplinada, pelo Congresso, de forma clara e inequívoca, caso em que tanto a corte revisora quanto a agência deveriam deferência ao Poder Legislativo; e (ii) se, contudo, a norma geral for omissa ou ambígua, a corte revisora deverá ser deferente à interpretação da agência.

Transpostos para o controle externo dos acordos substitutivos, temos que, se o acordo substitutivo for violador da legalidade, o controlador estaria autorizado a sustar os seus efeitos, nos termos do artigo 71, inciso X, da CRFB (considerando a sua natureza de ato administrativo). De outro lado, se o acordo envolver matéria que foi deslegalizada (e não restar maculado por vício de legalidade), o controlador deverá deferência à decisão da agência, não podendo se imiscuir nas obrigações que foram estabelecidas no ajuste.

Por fim, o parágrafo 2º do dispositivo em comento dispõe que, “para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos”. É dizer, uma das formas de substituição do poder extroverso de que trata este parágrafo é a de celebração de negócios jurídicos processuais, os quais têm previsão no artigo 190 do CPC 2015, de acordo com qual, “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” — expediente que, de resto, já poderia ser utilizado em processos administrativos, nos termos do artigo 15 do CPC 2015. No âmbito da celebração de acordos substitutivos, é de se cogitar de acordos sobre os prazos para manifestações nos processos sancionadores, dos prazos para apresentar a comprovação da realização dos investimentos e das formas de intimação das decisões administrativas, dentre outros.

Em resumo, a nova LINDB vence 30 anos de impasse normativo para, finalmente, inaugurar uma base legal para a composição administrativa em matéria de polícia.

[1] Sobre o tema, V. Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios: O Caso TAC ANATEL* (no prelo).