

CONCESSIONÁRIA RODOVIA DOS TAMOIOS S.A.
Requerente

vs.

ESTADO DE SÃO PAULO
**AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE
TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO**
Requeridos

PROCEDIMENTO ARBITRAL N.º 152/2021

**RESPOSTA AO PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS
APRESENTADO PELA REQUERENTE**

Coárbitra Juliana Bonacorsi de Palma

Em resposta à carta de revelação que realizei no dia 9 de julho de 2023, a Requerente solicita o esclarecimento de pontos relacionados à minha participação no 1º Curso de Inverno promovido pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, no dia 27 de julho de 2023. Trata-se de um evento acadêmico, tendo por grande tema de fundo “Consensualidade e Advocacia Pública”¹. Para reforçar o meu compromisso com os valores de imparcialidade e transparência, apresento ao final, em forma de anexo, o Power Point que utilizei na palestra.

* * *

¹ Sobre o curso, cf. <https://apesp.org.br/2023/07/participe-do-1o-curso-de-inverno-da-pge-sp/>.

O *convite* para participar do 1º Curso de Inverno da PGE-SP veio pela Procuradora JULIA MARIA PLENAMENTE SILVA, tendo em vista que a consensualidade integra a minha linha de pesquisa há mais de 20 anos². O curso teve duração de três dias (26, 27 e 28 de julho), contou com mais de 20 painelistas e recebeu um público diverso e interessado na temática. O *painel* que integrei, intitulado “Consensualidade e Supremacia do Interesse Público”, foi o primeiro do dia 27 de julho. Participaram da mesa a própria Procuradora JULIA MARIA PLENAMENTE SILVA, os Procuradores MÁRCIA MARIA BARRETA FERNANDES SEMER e IAGO OLIVEIRA FERREIRA, além de mim.

O *painel* tinha viés eminentemente teórico, voltado ao debate livre de ideias sobre a (in)aplicabilidade no campo da consensualidade de um dos paradigmas mais caros ao Direito Administrativo – a supremacia do interesse público sobre o interesse privado –, de modo que os poucos casos que foram apresentados por mim resultaram de pesquisa empírica de decisões judiciais e controladoras em que o axioma foi explorado. Portanto, *nenhum dos pontos controvertidos* da presente arbitragem foi objeto de discussão e análise no *painel* “Consensualidade e Supremacia do Interesse Público”, *tampouco em qualquer outro painel*. Ainda, a *interação* que se estabeleceu, de modo formal e civilizada, com o Procurador IAGO OLIVEIRA FERREIRA, que integra o time de defesa da Requerida, deu-se unicamente no *painel*. Ressalto que o diálogo se desenvolveu de forma coletiva, pública e acadêmica sobre um assunto eminentemente teórico e sem relação com qualquer tema conexo a esta arbitragem.

Quanto aos demais pontos em que a Requerente suscita esclarecimento, o 1º Curso de Inverno da PGE-SP não contou com um *painel* especificamente sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública. Quanto ao *painel* “Meios Consensuais de Solução de Litígios”, que se deu em outro horário e contou, conforme consta na programação, com a participação do Procurador ANDRÉ RODRIGUES JUNQUEIRA, que também integra o time de defesa da Requerida, juntamente com a Procuradora TATIANA SARMENTO LEITE MELAMED (SP), a Procuradora e Advogada ALICE VORONOFF (RJ) e a Procuradora Federal e Secretária do Meio Ambiente, Infraestrutura e Logística do Governo do Estado de São Paulo NATÁLIA RESENDE ANDRADE ÁVILA, não saberia dizer se o tema da

² Ao longo desses vários anos de estudo da consensualidade administrativa, publiquei mais de dezena de artigos sobre o tema e o livro *Sanção e Acordo na Administração Pública* (Malheiros, 2015).

arbitragem foi debatido porque eu não estive presente na audiência. Por fim, *não percebi remuneração*, contraprestação ou benefício de qualquer natureza para participar da primeira edição do Curso de Inverno da PGE-SP.

* * *

Espero ter esclarecido todos os pontos indicados pela Requerente e sigo inteiramente à disposição para prestar novos esclarecimentos.

Em absolutamente nada a participação no 1º Curso de Inverno da PGE-SP afeta o meu firme compromisso com a independência e a imparcialidade para o fiel cumprimento da função de coárbitra. A minha fala e interação com todos os presentes se deram em ambiente coletivo e público, animadas exclusivamente pelo inquestionável valor acadêmico do evento.



JULIANA BONACORSI DE PALMA

Anexo – PPT utilizado pela apresentação da coárbitra no painel “Consensualidade e Supremacia do Interesse Público” do 1º Curso de Inverno da PGE-SP



CONSENSUALIDADE E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

VETORES À CONSENSUALIDADE EFETIVA

JULIANA BONACORSI DE PALMA
1º Curso de Inverno da PGE-SP

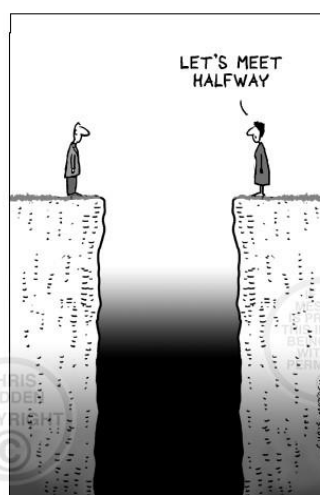
27 de julho de 2023



Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

FGV DIREITO SP

OBJETIVO DA EXPOSIÇÃO



Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

FGV DIREITO SP

UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM: A CONSENSUALIDADE É CONTRÁRIA AO INTERESSE PÚBLICO

OBJETIVO DA EXPOSIÇÃO

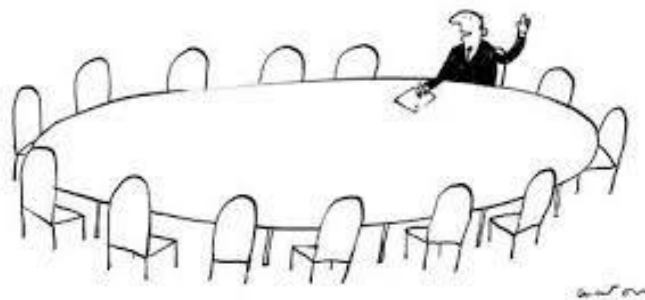
- Apresentação de uma **agenda teórica** em torno da consensualidade administrativa e sua interface com o interesse público: supremacia e indisponibilidade do interesse público.
- Exposição de **casos práticos** que evidenciem a operacionalização da consensualidade administrativa e apresentem argumentos práticos em resposta ao debate da supremacia do interesse público.
- **Para além da supremacia do interesse público**: pontos de atenção que devem ser considerados na celebração de acordos pela Administração Pública.



Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

FGV DIREITO SP

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO



"It looks like we have a consensus."



Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

FGV DIREITO SP

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E O NECESSÁRIO REPOSICIONAMENTO DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A despeito de a consensualidade administrativa não ser uma inovação jurídica recente, foi apenas no começo dos anos 2000 que os acordos administrativos passam a ser debatidos como **autênticos instrumentos jurídico-administrativos**.

I. Primeiras experiências com a consensualidade (1990-2000)

- Setores com forte relacionamento com a agenda internacional (Ambiental, CADE, CVM)
- Experiência com compilação de bons resultados => surge uma demanda pragmática para endereçar as próprias contradições do sistema de comando e controle
- Interpretação do art. 5º, §6º, como permissivo genérico da consensualidade

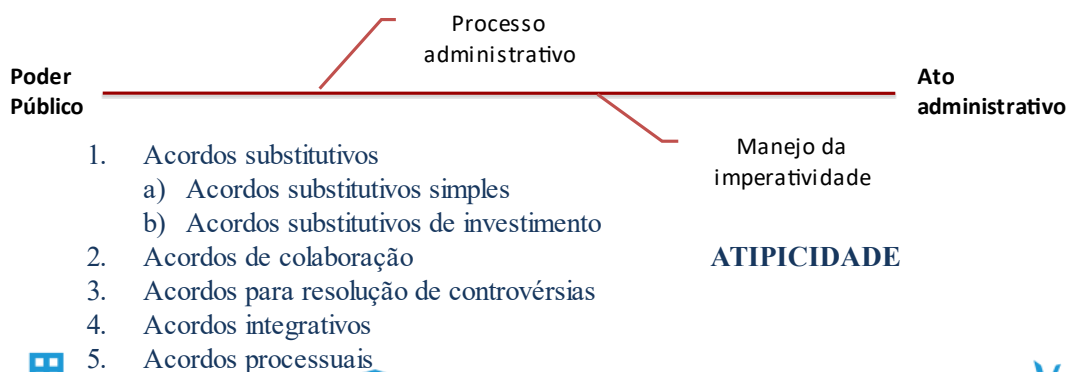
II. Criação de instrumentos consensuais em sede regulatória (2000-2010)

- Grande interesse em adoção de técnicas consensuais por setores regulados com grandes dificuldades relacionadas ao passivo sancionatório (ANATEL e ANS)
- Há endereçamento em lei, mas o movimento se deu fundamentalmente na esfera regulamentar
- Ôbices doutrinários à celebração de acordos administrativos

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E O NECESSÁRIO REPOSICIONAMENTO DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

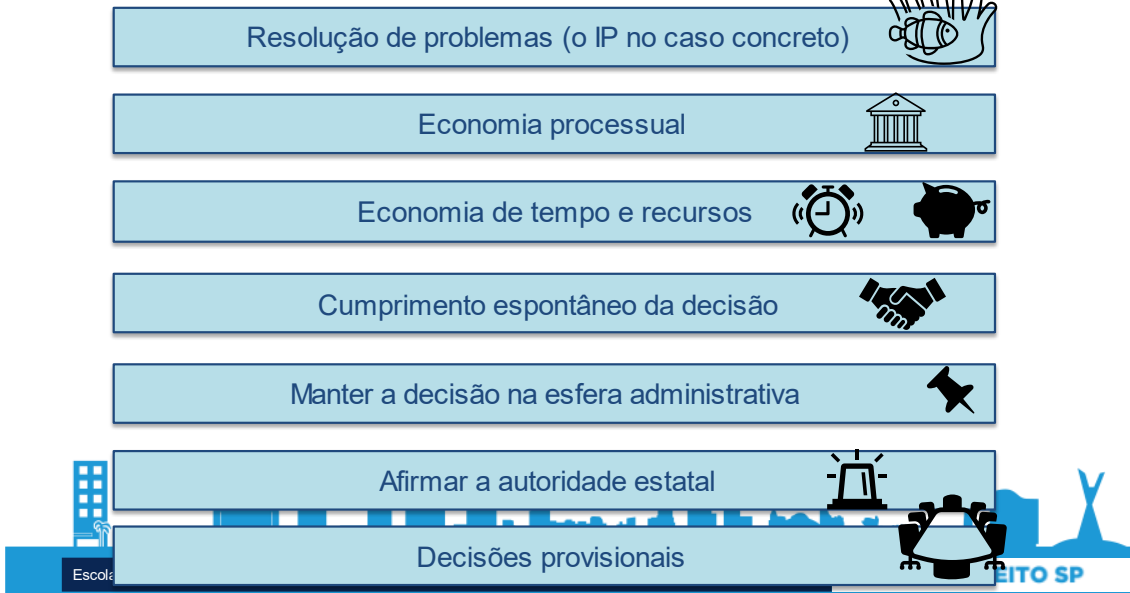
Uma proposta de delimitação conceitual:

Técnica de gestão administrativa pela qual acordos são firmados entre Administração e administrado, no curso de processo administrativo, mediante negociação da prerrogativa imperativa (poder de autoridade estatal).



CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E O NECESSÁRIO REPOSICIONAMENTO DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

INSTRUMENTALIDADE DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA



CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E O NECESSÁRIO REPOSICIONAMENTO DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

É nesse contexto que se coloca em perspectiva a consensualidade administrativa : *pode a Administração Pública negociar prerrogativas públicas ou mesmo deixar de aplicá-las e celebrar acordos com os particulares?*

- Embora a consensualidade nunca tenha sido estranha ao Direito Administrativo, a **teoria do Direito Administrativo não foi construída com o referencial dos acordos administrativos.**
- Se a finalidade última da Administração Pública é satisfazer o interesse público, os **meios unilaterais e imperativos** seriam mais apropriados a essa missão.
- A própria dinâmica consensual coloca em perspectiva a metodologia clássica de exercício de competências públicas : **negociação e acordo.**
- O primeiro grande desafio à consensualidade administrativa foi afirmar a **viabilidade jurídica de acordos administrativos**, sustentando que a celebração de acordos é compatível com o sistema de Direito Administrativo brasileiro.

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: TENSÕES E COMPATIBILIDADE

! Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

A celebração de acordos administrativos afronta o princípio da supremacia na medida em que a Administração deixaria de decidir conforme o interesse público para adotar soluções negociadas, que coloquem o interesse privado em primeiro plano.

! Princípio da indisponibilidade do interesse público

A Administração Pública tem o dever de tutelar interesse de terceiro – o interesse de toda a coletividade –, que não lhe pertence. Não sendo o interesse público de propriedade administrativa, a Administração não teria livre disposição do interesse público, ou seja, não poderia negociar direito de terceiro.



CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: TENSÕES E COMPATIBILIDADE

- Da disputa de ideias sobre a supremacia do interesse público à **linha específica de debate** entre consensualidade e supremacia ou indisponibilidade do interesse público.

1ª corrente: inviabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar (negacionismo da consensualidade)

2ª corrente: primados da supremacia e da indisponibilidade sem valor jurídico e operacional (negacionismo da indisponibilidade)

3ª corrente: ressignificação da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, especialmente quanto ao seu método, tomando por pauta a consensualidade administrativa.



CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: TENSÕES E COMPATIBILIDADE

A supremacia e a indisponibilidade do interesse público não são óbices à celebração de acordos pela Administração Pública.

1. O acordo é o interesse público no caso concreto.

2. A indisponibilidade como renúncia de competência.

Lei 9.784/99. Art. 2º, parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)
II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências salvo autorização em lei.



RESPOSTAS À SUPREMACIA E À INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA PRÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

ACÓRDÃO 2139/2022, TCU, 2022 – **Caso Consensualidade na Transferência de Concessão**

- Celebração de TAC entre Concessionária Rota do Oeste S/A e ANTT para transferência do controle acionária para a MT Participações e Projetos S/A.
- Dificuldade de cumprir com as obrigações pactuadas: redução da demanda com a crise econômica de 2014, mudança na política de financiamento dos bancos públicos, Lei dos Caminhoneiros e envolvimento na operação Lava Jato.
- Duas alternativas consensuais em disputa: (i) pedido de devolução amigável no regime da Lei 13.448/2017 em 2021 e (ii) celebração do TAC.
- Principais condições do TAC: (i) prazo de oito anos para saneamento das inexecuções contratuais; (ii) aporte de *equity* de R\$ 1,2 bilhão pela nova controladora; (iii) manutenção do patamar tarifário atual; (iv) suspensão dos processos sancionadores; (v) suspensão de processos no TCU.



RESPOSTAS À SUPREMACIA E À INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA PRÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Min. Bruno Dantas

*De fato, o art. 26 da LINDB traz tipicidade mais ampla que o permissivo anterior – eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público – justamente com o objetivo de estabelecer margens mais largas de liberdade para se definir a estratégia negocial que melhor se compatibilize com o interesse público (...) **E o TAC, nesse caso concreto, precisamente por sua flexibilidade, apresenta-se como a estrutura capaz de oferecer às partes a melhor alternativa para a realização do interesse público.***

*Cumpra ressaltar, contudo, que a estruturação do TAC, nos moldes propostos, só se viabilizou em razão da **participação de uma entidade pública** estar assumindo as obrigações originariamente pactuadas por um particular. Dessa forma, o precedente aqui em julgamento deve ser aplicado com reserva a outras concessões.*



RESPOSTAS À SUPREMACIA E À INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA PRÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

APELAÇÃO CÍVEL 1028747-80.2020.8.26.0053, TJ-SP, 2021 – **Caso Consensualidade na CETESB**

- Celebração de Acordo Extrajudicial entre CETESB e o setor sucroalcooleiro (Única, Orplana, Siasp ou Siafesp) contendo como anexo Termo de Compromisso Individual.
- Autuados por queima de cana-de-açúcar até 31/12/2019 podem assinar, em até 30 dias, o termo de compromisso individual para (i) obter desconto de 75% (cota única) ou 50% (18 parcelas mensais) do valor da multa e (ii) cancelamento dos autos de infração => natureza de acordo substitutivo.
- Obrigações assumidas pelo signatário: renúncia de interpor recursos administrativos e desistência das correspondentes ações judiciais.
- Fundamento jurídico único: art. 26 da LINDB. Inovação como primeiro acordo substitutivo em massa => VR equivalente a R\$ 13 milhões em multas.



RESPOSTAS À SUPREMACIA E À INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA PRÁTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Des. Paulo Alcides

*Não há óbice à transação extrajudicial perpetrada pelos autores, cujo objetivo é, mediante desconto, promover a liquidação de multas ambientais aplicadas pela agência ambiental contra usinas produtoras de álcool (representadas pelos sindicatos demandantes) em decorrência da queima não autorizada de palha da cana de açúcar. A alegação de **ofensa aos princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos não subsiste**, pois o artigo 7º da Resolução SMA nº 51/2016 prevê a possibilidade de redução das multas ambientais em até 90%. Além disso, o desconto concedido pela agência ambiental não implica em renúncia a eventual dever de recomposição de áreas ambientalmente degradadas. O acordo, ademais, que contou com a adesão voluntária das partes, é **louvável, pois além de evitar a judicialização de inúmeros autos de infração** que se encontram em fase pré-judicial (evitando sobrecarga ainda maior do Poder Judiciário), **afasta, também, a incerteza jurídica** que paira sobre tais autuações (diante do posicionamento dos Tribunais a respeito da natureza subjetiva da responsabilidade administrativa ambiental).*



Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

FGV DIREITO SP

O DEBATE SOBRE A SUPREMACIA EVIDENCIA PONTOS DE ATENÇÃO PARA A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA

Preocupações em torno da consensualidade administrativa relacionados à supremacia do interesse público

Risco de captura ou conluio

- Desvio de finalidade;
- Obrigações “lenientes”;

Risco de subversão do devido processo legal (Owen Fiss);

Risco de enfraquecimento do exercício de competências unilaterais e imperativas (Brandon Garrett)

Risco de insegurança jurídica

- Controle

Risco de ineficiência do acordo

- Cláusulas inexecutáveis



Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

FGV DIREITO SP

O DEBATE SOBRE A SUPREMACIA EVIDENCIA PONTOS DE ATENÇÃO PARA A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA

O ART. 26 DA LINDB

PERMISSIVO GENÉRICO

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**.

REQUISITOS DE VALIDADE DO COMPROMISSO

Art. 26. § 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).

VETORES À CONSENSUALIDADE EFETIVA

Reconhecimento da natureza de **negócio jurídico** dos acordos e negociação (i) em sentido forte ou (ii) como convergência formal de vontades .

Legalidade administrativa, atipicidade e isonomia.

Devido processo legal na negociação de acordos:

- (i) Direito à apresentação de proposta;
- (ii) Direito ao contraditório – dever de motivação e processo administrativo;
- (iii) A questão da “coação”.

Processualidade, motivação e transparência na celebração de acordos.

Motivação robusta, com análise de alternativas => construção do interesse público no caso concreto

Ampla negociação na celebração, execução e revisão dos acordos.

Limites ao controle concomitante: consensualidade nos Tribunais de Contas e mesas técnicas.



<http://www.sbdp.org.br/>



<https://www.facebook.com/sbdp.direitopublico/>



<http://direitosp.fgv.br/grupos/grupo-publico>



<https://www.jota.info/opiniaee-analise/colunas/controlpublico>



Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas



OBRIGADA!

Juliana Bonacorsi de Palma

Doutora (2014) e Mestre (2010) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School e bolsista da Lilian Goldman Perpetual Scholarship Bacharel em Direito pela PUC-SP (2006). Foi visiting scholar na Washington College of Law - American University. Professora da FGV Direito SP no FGVLaw, na área de regulação e metodologia de pesquisa, na Graduação e no Mestrado Profissional Coordenadora do Grupo Público da FGV Direito SP e colaboradora da Escola de Formação Pública, da qual foi aluna (2004). Pesquisadora do Grupo de Estudos das Relações entre Estado e Empresa Privada (GRP) da FGV Direito SP. Desenvolve pesquisas na área de Direito Administrativo, Regulação e Direito & Burocracia

Página na FGV

<http://direitosp.fgv.br/grupos/gruppublico>

Coluna no Jota – Controle Público

<https://jota.info/colunas/controlpublico>

Página no Academia

<https://fgv.academia.edu/JulianaPalma>



Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas