



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa

volume 62

247

julho a setembro de 2025

SENADO FEDERAL



Consensualismo regulatório: as esferas pública e privada na concepção de soluções eficientes para a regulação dos serviços públicos

Regulatory Consensualism: The Public and Private Spheres in Designing Efficient Solutions for the Regulation of Public Services

Bruno Leonardo Câmara Carrá¹

Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho²

Resumo

Este artigo aborda o consensualismo regulatório como método alternativo para a resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública e para a regulação de serviços por ela fornecidos. Demonstra que, por envolverem a participação dos interessados, as soluções consensuais resultam em maior legitimidade e eficácia se comparadas aos métodos litigiosos tradicionais. Descreve de modo sucinto a legislação brasileira sobre o tema e destaca duas leis e duas resoluções que impulsionaram a institucionalização de práticas como a mediação e a arbitragem. Examina também a implantação do consensualismo nas agências reguladoras e enfatiza os benefícios da regulação negociada e dos termos de ajustamento de conduta. Além disso, analisa a experiência norte-americana, em que a regulação negociada estimula o engajamento das partes interessadas com o fim de imprimir legitimidade e maior eficácia ao processo regulatório.

Palavras-chave: consensualismo regulatório; Administração Pública; resolução de conflitos; mediação; arbitragem; regulação negociada.

¹ Bruno Leonardo Câmara Carrá é doutor pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; *visiting scholar* na Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; *academic visitor* na Universidade de Oxford, Oxford, Reino Unido; *academic visitor* na Universidade de Paris V, Paris, França; professor da Universidade Sete de Setembro, São Paulo, SP, Brasil; juiz federal. E-mail: brunolccarra@gmail.com

² Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho é mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; doutorando na Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; desembargador federal. E-mail: gabc@trf5.jus.br

Abstract

This article addresses regulatory consensualism as an alternative method for both resolving conflicts within the Public Administration and regulating the services it provides. The study demonstrates that consensual solutions, when involving the participation of interested parties, result in greater legitimacy and effectiveness when compared to traditional adversarial methods. It briefly describes Brazilian legislation on the subject and, in particular, highlights two laws and two resolutions that encouraged the institutional adoption of practices such as mediation and arbitration. It also addresses the implementation of consensualism in regulatory agencies and emphasizes the benefits of negotiated regulation and conduct adjustment terms. In addition, it examines the North American experience, in which negotiated rulemaking encourages the engagement of interested parties in order to lend legitimacy and greater effectiveness to the regulatory process.

Keywords: regulatory consensualism; Public Administration; conflict resolution; mediation; arbitration; negotiated regulation.

Recebido em 7/2/25

Aprovado em 7/8/25

DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p13

Como citar este artigo: ABNT³ e APA⁴

1 Introdução

Mecanismos judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos têm sido implantados pelo Estado brasileiro com o fim de proporcionar aos administrados e aos jurisdicionados a prestação de serviços públicos de forma mais econômica e célere. Assim, de modo simultâneo e eficaz, o Estado pode atender ao princípio da eficiência e ao objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A crescente organização estatal em torno de mecanismos negociados de solução de conflitos deve-se à constatação de que, por razões sociais e econômicas, o arcabouço legal e

³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARVALHO, Leonardo Henrique de Cavalcante. Consensualismo regulatório: as esferas pública e privada na concepção de soluções eficientes para a regulação dos serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 62, n. 247, p. 13-33, jul./set. 2025. DOI: https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p13. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/62/247/ril_v62_n247_p13

⁴ Carrá, B. L. C., & Carvalho, L. H. de C. (2025). Consensualismo regulatório: as esferas pública e privada na concepção de soluções eficientes para a regulação dos serviços públicos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 62(247), 13-33. https://doi.org/10.70015/ril_v62_n247_p13

jurisprudencial (normas e procedimentos de toda ordem), esteado no sistema litigioso, não tem respondido satisfatoriamente às expectativas dos administrados e dos jurisdicionados.

O artigo analisa a relevância do consensualismo regulatório como método adequado para solucionar conflitos no âmbito da regulação. Argumenta-se que, em comparação com métodos tradicionais, abordagens consensuais proporcionam resoluções mais eficientes, duradouras e satisfatórias para as partes envolvidas em disputas regulatórias.

No cenário regulatório contemporâneo, marcado pela crescente complexidade e por frequentes conflitos entre agentes reguladores, entidades reguladas e outros *stakeholders*, a busca de métodos eficientes para a resolução de litígios é crucial para garantir a eficácia da regulação e o equilíbrio entre os interesses públicos e privados, já que os extremos não são soluções viáveis: tanto o excesso de regulação quanto a sua ausência são nocivos.

O objetivo do estudo é analisar o consensualismo como método de resolução de litígios regulatórios, abordar suas vantagens e destacar desafios e possibilidades em sua aplicação em diferentes setores regulados. Essa abordagem visa contribuir para uma regulação mais eficiente, flexível e *responsiva* às necessidades dos diversos atores envolvidos.

A relevância do tema justifica-se pela necessidade de encontrar soluções mais ágeis e efetivas para os conflitos regulatórios, com base no impacto que pode gerar sobre o desenvolvimento econômico a prestação de serviços públicos e a proteção dos interesses dos consumidores. Ademais, o estudo do consensualismo no contexto regulatório alinha-se com tendências mais amplas de aprimoramento da Administração Pública, em razão da adoção de estratégias de governança mais participativas e colaborativas.

2 O consensualismo como método de resolução de conflitos

O consensualismo regulatório é uma abordagem promissora, e em alguma medida revolucionária, que visa à solução de conflitos de que participe a Administração Pública. Por meio dele, a autoridade deixa de exercer seus tradicionais poderes-deveres e converte-se em mediador, conciliador ou mesmo árbitro. Sua função de ente soberano que atua conforme seu próprio sentido de *interesse público* é transferida para um ator genuinamente disposto a equacionar os diversos interesses postos em litígio. Com efeito, as soluções consensuais de litígios gozam de maior nível de legitimidade, pois se perfazem com a participação de todos os envolvidos. Por isso, embora ainda não prevaleçam, elas se têm tornado uma tendência contraposta aos tradicionais métodos fundados nos modelos de *ou tudo ou nada*.

Essa abordagem baseia-se na ideia de que, por meio do diálogo e da negociação, as partes envolvidas num litígio podem chegar a soluções mais adequadas às especificidades de cada caso. Há uma compreensão bastante pragmática de que, para as partes, a construção do consenso significa, sob todos os aspectos, um ganho em comparação com os resultados processuais oriundos de litígio. Assim, a solução alternativa de litígios é frequentemente associada a efeitos benéficos, com uma prestação “mais célere, barata e exequível e acima de

tudo democrática, porque nascida do diálogo e do entendimento entre as próprias partes” (Watanabe, 2019, p. 106). Ainda que não seja novo, trata-se de paradigma que precisa ser mais bem compreendido e assimilado pelos operadores jurídicos e por agentes socioeconômicos; desse modo, paulatinamente se construirá uma cultura que considere o esforço pelo consenso como a forma mais vantajosa de solucionar conflitos.

A prevalência do consensualismo implica a abordagem de processos decisórios com uma dinâmica inclusiva e colaborativa, em que seus protagonistas tendem a pôr em segundo plano a resolução autocrática de conflitos, na qual a autoridade decisória nem sempre escuta atentamente os interesses das partes. Como aponta Warat (2001, p. 83), a consolidação de tais mecanismos envolve a “possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do outro, e colocar-nos no lugar do outro para entendê-lo [e] a nós mesmos”.

A teoria dos métodos alternativos de resolução de conflitos é conhecida como *alternative dispute resolution* (resolução alternativa de litígios), uma base metodológica eficaz para sistematizar formas diversas de se alcançar o consenso e, desse modo, solucionar uma disputa por mecanismos diversos do litígio judicial ou administrativo. Esses métodos surgiram nos EUA entre as décadas de 1960 e 1970 para enfrentar a pouca efetividade das decisões de natureza jurisdicional (*lack of responsiveness of the formal judicial system*) e aprimorar e legitimar o ordenamento jurídico como promotor da paz social. Menkel-Meadow (2014, p. 7) assinala que a excessiva formalidade dos processos estatais de solução de conflitos (*formal justice*) configura uma polarização entre as partes do processo e converte-as em ganhadoras e perdedoras⁵. A variedade quase infinita de conflitos, decorrentes da infinidade de relações entre os cidadãos, indica a necessidade de se formularem procedimentos híbridos de solução de conflitos, tais como a negociação, a mediação e a arbitragem.

Desde a edição das leis nºs 9.099/1995 e 10.259/2001 (Brasil, [2012], [2021b]), a clássica atividade jurisdicional redirecionou-se exponencialmente para um modelo com foco prevalente na solução consensual dos conflitos. O esforço sistemático para implantá-lo consolidou-se a partir da última década, quando a perspectiva de autocomposição de litígios avançou para zonas que até então lhe eram refratárias. Quatro normas em especial capitanearam essa evolução: a) a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); b) a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP); c) a Lei nº 13.105/2015 (*Código de processo civil* (CPC)); e d) a Lei nº 13.140/2015.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ abriu o Judiciário ao mundo das soluções autocompositivas. E ele adotou a mediação e a conciliação como ferramentas inerentes à sua função institucional: “aos órgãos judiciários incumbe [...] oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais” (Conselho Nacional

⁵ A autora lista as características que considera estruturantes da Justiça formal: a) regras e procedimentos formais; b) publicidade das audiências; c) neutralidade presumida dos julgadores; d) decisões e resultados baseados em comandos legais ou jurisprudenciais; e e) possibilidade de reforma das decisões, por razões meritórias ou procedimentais. Esse formalismo das práticas processuais, de natureza administrativa e judicial, costuma acarretar custos e disparidades entre os administrados e os jurisdicionados, a despeito do esforço do legislador e dos demais Poderes em firmar instrumentos institucionais de conciliação e de composição.

de Justiça, [2021]). Também o CNMP, com a Resolução nº 118/2014 (Conselho Nacional do Ministério Público, [2020]), adotou a resolução autocompositiva extrajudicial ou judicial de conflitos e de controvérsias no plano de suas competências; com as atribuições constitucionais de *custos legis* e de *dominus litis*, a participação do *parquet* tem sido relevante em processos judiciais e em procedimentos administrativos de toda ordem. Assim, não parece casual que o sistema judiciário se tenha ocupado da modelagem compositiva de forma pioneira, dado que a cultura da litigância tem contribuído crescentemente para o estresse e o desgaste do sistema.

É inegável também a evolução normativa representada pelo CPC. Cunha (2020, p. 153) ressalta que o “CPC cria um sistema integrado de resolução de disputas. Há uma importante mudança de conceito e orientação: o foco deixa de estar (apenas) no julgamento e passa para a efetiva solução do conflito”. Ele inaugura um novo estágio do Direito processual, em que prevalece a estrutura cooperativa em vez do tradicional caráter estamentário. O juiz ainda o preside, mas deixa de ser figura de sobrepeso entre os sujeitos processuais. Conferiu-se primazia à composição entre as partes envolvidas, como o demonstram as disposições do CPC em relação ao tema; dentre elas está o art. 334, que determina a obrigatoriedade de se designar audiência de conciliação ou de se estabelecer mediação (Brasil, [2025b])⁶.

Vive-se, pois, sob a lógica de que o processo (ou mesmo todo e qualquer procedimento) se destina não apenas ao julgamento de uma disputa, mas também a uma real resolução de conflitos. Essa genuína disposição de composição administrativa e judicial ganha concretude com a edição de normas promotoras da implantação de mecanismos de autocomposição e de heterocomposição. Além disso, nos casos em que o método alternativo de resolução de conflito é patrocinado diretamente pelo Estado, impõe-se um dever de adequada prestação desse serviço público com a disposição de um aparato logístico e humano que permita um ambiente adequado à negociação⁷.

Um efeito benéfico é digno de menção. Segundo Azevedo (2005), a utilização dos meios alternativos de resolução de disputas aumenta a confiança da sociedade nos órgãos judiciais e extrajudiciais públicos dotados de poder decisório. Contudo, existem evidências empíricas de que não se obtêm os resultados almejados sem autêntica mudança da cultura administrativa dos agentes públicos responsáveis pela solução negociada. Fundamentalmente, deve vigorar a sinergia na adoção pelo Estado de uma adequada logística normativa e material com o propósito de criar um cenário de promoção da cultura institucional de consenso radicado na compreensão da diferença entre os procedimentos de natureza consensual (dialogado)

⁶ A interseção dos conceitos de *conciliação* e *mediação* é tal que não se pode estabelecer uma linha divisória entre as figuras do *conciliador* e do *mediador*; ambos funcionam como agentes que visam a estabelecer (ou restabelecer) o diálogo entre as partes. Nessa perspectiva, a proativatividade das partes acarretará em algum grau o desenvolvimento de habilidades que permitam a construção de uma *alteridade em sinergia*; ver Gomes (2022).

⁷ Trata-se de *norma promocional*: ela cria condições normativas e materiais que visam à “construção de um verdadeiro sistema de resolução de disputas, composto pelo Poder Judiciário e por instituições públicas e privadas dedicadas ao desenvolvimento de mediação, conciliação e arbitragem” (Cunha, 2020, p. 153).

e o *sentencial* (impositivo). A afirmação é verdadeira e pode refletir-se na quebra de alguns conceitos que seriam considerados *invencíveis* no contexto do processo judicial clássico.

O CPC realizou importante mudança no estado da arte da autocomposição. Não se trata mais de meros meios alternativos de resolução, mas de formas integradas que compõem “um quadro geral dos meios de resolução de disputas” (Cunha, 2020, p. 153). Por isso, o modo como se devem compreender tais mecanismos é refratário a definições herméticas e prestigia a flexibilidade dos procedimentos e a informalidade comportamental e linguística para se conceberem soluções dialogadas. Mesmo a definição de *procedimento* como “marcha avanti” (ou “adiante”) passa por remodelação. A dimensão dialógica dos métodos e dos procedimentos alternativos de resolução de conflitos obsta a que essa marcha sofra retrocessos; e a obtenção do consenso de fato supõe muito mais reentrâncias e entrelaçamentos que caminhos retilíneos. Naturalmente, deve-se justificar uma eventual opção de se andar “um passo para frente e um para trás”; contudo, ela representa um nítido exemplo de *nudge*⁸ que os meios dialógicos de solução de litígio podem utilizar em contraposição às rígidas estruturas do processo tradicional. Aplicados às soluções consensuais, podem-se configurar os *nudges* como condutas arquitetadas pelo negociador com o fim de encaminhar os litigantes a decisões negociadas; dessa forma, induzem-se os indivíduos a um comportamento desejado, mas sem que lhes pareça obrigatório ou impositivo. Uma vez mais, põe-se em perspectiva o caráter dialógico (ou de alteridade) como forma de se legitimarem os meios alternativos de solução de conflitos.

Há mais de cinquenta anos, o destacado psicólogo social Morton Deutsch publicou seu trabalho fundamental sobre processos construtivos e *desconstrutivos* de resolução de conflitos. Os últimos correspondem *grosso modo* ao formato litigioso, ao passo que os primeiros têm natureza cooperativa. Ao analisar o fenômeno sob um viés comportamental, o autor foi um dos primeiros a demonstrar como os processos competitivos (ou destrutivos) não geram maiores vantagens para a sociedade, e eventuais benefícios têm custo elevado. Em regra, ele potencializa um sentimento de hostilidade e de desconfiança em relação ao outro (sempre visto como adversário) e deteriora os tecidos social, político e, por fim, econômico (Deutsch, 1973, p. 352-355).

A superação da atávica disposição do ser humano ao conflito requer a inserção de mecanismos que promovam recompensas mútuas para as partes envolvidas (*mutually rewarding to the parties involved in the conflict*). Deutsch (1973) assinala que os processos construtivos envolvem substancialmente a produção de soluções criativas (*creative thinking*), a qual consiste: a) na criação de um nível adequado de motivação entre os atores para solucionar o problema; b) no desenvolvimento de condições que permitam reformular o problema

⁸ Oriundo da cibernética, o termo *nudge* tem-se difundido tanto na Economia Comportamental quanto na Psicologia Social. A teoria do *nudge* propõe a utilização de mecanismos de decisão ambiental (arquitetura de escolhas ou *choice architecture*) para influenciar ou induzir a realização de determinado comportamento. Thaler e Sunstein (2019, p. 14) definem *nudge* na esfera jurídica como “um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas que altere o comportamento das pessoas de forma preditiva sem proibir qualquer opção ou mudar significativamente seus incentivos econômicos”.

sempre que atingido o impasse; e c) na disponibilidade de ideias combinadas em novos e variados padrões (Deutsch, 1973, p. 360). De fato, essa parece ser a grande diferença num procedimento cooperativo ou consensual em relação aos procedimentos tradicionais: a possibilidade de ele não se estruturar em regras rígidas de condução da demanda. Conforme varie a situação do caso concreto em controvérsia, variarão também os rumos a serem seguidos para o alcance de uma solução consensual. Em outras palavras, confere-se prevalência à flexibilidade e à informalidade na condução de procedimentos de solução de conflitos (Cunha, 2020, p. 157)⁹.

Dessa maneira, os meios autocompositivos assumem a condição de modalidade com potencial tanto de melhorar o funcionamento da Justiça quanto de promover uma cultura de dominância do acordo; essa moldura cooperativa prestar-se-ia também ao fomento de uma sociedade mais evoluída e economicamente mais pujante. O uso de *nudges* e do *creative thinking* substituiria as disposições detalhadas da legislação processual, ainda que esta tenha passado por melhoras substanciais promovidas pelo CPC a partir de 2016. Contudo, ainda necessita ser adaptada, a fim de favorecer uma efetiva mudança de comportamento. Tomado esse modelo como novo estado da arte da estrutura de procedimentos de organização judiciária, é notável sua crescente promoção na esfera administrativa.

3 A Administração Pública e o consensualismo

Como se mencionou, houve quatro saltos normativos de maior relevo para a implantação do modelo normativo de composição de litígios. Os três primeiros tratam, sobretudo, do procedimento judicial, e o quarto, a Lei nº 13.140/2015 (Brasil, [2016]), contém disposições “sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública”.

Sempre houve resistência à utilização de métodos de resolução consensual no (e pelo) Poder Público. Os balizamentos clássicos do Direito Administrativo de gênese francesa – modelo adotado em quase toda a América Latina por influência da Revolução de 1789 – fizeram a percepção da atividade estatal assumir uma visão estanque, fundada em estruturas jurídicas menos dúcteis. Princípios como o da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público eram muito frequentemente apresentados como limitadores de qualquer atuação mais livre da Administração, a qual se legitimaria não por decisões *ótimas* (no sentido da *eficiência* de Pareto), mas por decisões formalmente válidas. Deve-se a essa influência francesa a estrutura de caráter rigoroso que presidia os institutos do

⁹ *Informalidade* não deve ser confundida com *ausência de seriedade* na condução do procedimento; ele é informal porque é objetivo, essencial, direto – sem precisar recorrer a formulações desnecessárias, pomposas ou supérfluas.

Direito Administrativo brasileiro. Contudo, sob a influência da Escola de Chicago¹⁰, o próprio Estado francês percebeu a necessidade de substituir esse paradigma por um em que a eficiência e a efetividade das soluções contassem bem mais que a estéril reafirmação de uma norma legal. Trata-se da denominada *crítica gerencial* da Administração, que se firma na constatação de um reiterado divórcio “entre o direito administrativo e o princípio da eficiência” (Dantas, 2023, p. 52).

Propõe-se que o Poder Público adote as técnicas de governança corporativa, tal como o fez *mutatis mutandis* a iniciativa privada, particularmente a governança empresarial das grandes companhias. Essa nova forma de realizar uma administração *otimizada* (*good governance*) não é presidida por uma lógica monolítica, ancorada nas noções tradicionais de *imperatividade*, *supremacia*, *superioridade*, *exorbitância* e *unilateralidade* dos interesses primário e secundário do Estado. De acordo com Dantas (2023, p. 55), nela “as escolhas devem ser resultado de negociações e compromissos, levando em consideração os pontos de vista das partes envolvidas. [...] A governança pública é, portanto, uma abordagem plural e interativa da ação coletiva”. Na prática, isso significa que o Estado deixa o promontório da condução da coisa pública e passa a discutir a tomada da decisão em pé de igualdade com os outros atores sociais; passa-se a utilizar técnicas próprias do consensualismo para se chegar a soluções de maior densidade qualitativa. Conciliação, mediação e arbitragem são elementos-chave desse processo, que na França recebeu o nome de *gouvernance procédurale* (governança *procedimental*), que decorre da ideia de democracia *procedimental*¹¹ (Chevallier, 2003).

No domínio do Direito Administrativo, o advento do consensualismo representou a “prevalência dos fins sobre os meios legais”, a qual deve estar fincada nos demais princípios que orientam a atividade administrativa, como o da eficiência e o da moralidade (Aragão, 2005, p. 298). De todo modo, na busca dos chamados “fins últimos da lei”, substitui-se um fantasioso formalismo jurídico, inclusive porque não encontra base no mundo real, por um sistema regulado dialógico em que se acoplam várias lógicas gerenciais para tornar efetiva a atuação administrativa.

A utilização de práticas consensuais pela Administração Pública brasileira remete, assim, a uma evolução do princípio da legalidade, que deixa de ter uma delimitação estrita, associada à imperatividade, para abrigar uma compreensão mais flexível e *negocial* do Estado. Provavelmente, só desse modo será possível – ou, pelo menos, mais fácil – à Administração interferir virtuosamente na vida social e econômica do País. Mediante um novo paradigma, estribado na colaboração com o particular, tornar-se-ão maiores as oportunidades de superação da crise de eficiência estatal.

¹⁰ A expressão *Escola de Chicago* identifica o conjunto de ideias que sustentam o retorno a uma economia de *laissez-faire* (neoliberalismo econômico); elas se desenvolveram a partir dos anos 1950 no Departamento de Economia da Universidade de Chicago e alcançaram outras áreas acadêmicas relevantes como a sua escola superior de Administração e sua faculdade de Direito.

¹¹ Essa noção de *governança* decorre do exercício da deliberação coletiva, que se consubstancia na disponibilidade de mecanismos institucionais de negociação paritária e efetiva entre os agentes públicos e os cidadãos.

O princípio da indisponibilidade, contudo, não raro foi utilizado como justificativa para impedir o avanço da ideia de *consensualidade* no contexto da Administração Pública (Medauar, 2017, p. 378). Isso se deve muito mais ao quase atávico apego dos juristas ao passado, geralmente mais sedutor que a reflexão crítica sobre o papel dos valores atuais. Nesse contexto, foi decisivo o advento da Lei nº 13.140/2015 (Brasil, [2016]); ela não introduziu, de forma inaugural, medidas de consensualismo na esfera administrativa, pois a Lei nº 8.987/1995 (sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos) já contemplara o “modo amigável de solução das divergências contratuais” (Brasil, [2021a])¹².

Porém, com a Lei nº 13.140/2015, esses mecanismos tornaram-se amplos e mais bem estruturados, inclusive com a criação de regras específicas (em verdade tímidas, pois o legislador poderia ter dado passos mais largos para estimulá-las). Ainda assim, em seu art. 35 a referência à possibilidade de transação pressupõe claramente uma revisitação do princípio da indisponibilidade do interesse público. Um mês antes, a Lei nº 13.129/2015 instituiu a adoção de procedimento arbitral para pessoas jurídicas de Direito Público; entretanto, ao acrescentar o § 1º à redação do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 (*Lei da arbitragem*), seu art. 1º restringia tal possibilidade a “direitos patrimoniais disponíveis” (Brasil, 2015)¹³.

Não há essa limitação na Lei nº 13.140/2015. O único obstáculo à adoção irrestrita de métodos consensuais de resolução de disputas que implicam a Administração é a vedação constante do § 4º do art. 32, conforme o qual as câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos não atuam quando há “controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo” (Brasil, [2016]). Assim também, conforme o art. 38, exclui-se a atuação do órgão em conflitos de ordem tributária, cuja resolução segue regras próprias¹⁴; afora isso, não há prévio limite. O Estado brasileiro, pois, finalmente começou a pôr de lado a aplicação “meramente lógico-subsuntiva das regras jurídicas pela mera invocação da legalidade formal” (Aragão, 2005, p. 298).

4 As agências e os conflitos regulatórios

A atividade regulatória serve para a disciplina, a fiscalização e a adequação dos serviços públicos diretamente prestados ou delegados pelo Estado, tais como água e esgoto, energia elétrica e gás canalizado (Marques Neto, 2009, p. 45-47). Contudo, o modelo de regulação

¹² As normas de contratação pública também dispõem a respeito da solução amistosa de conflitos contratuais.

¹³ Sobre a dificuldade da Administração Pública em submeter-se à arbitragem antes das disposições legislativas de 2015, ver Sundfeld e Câmara (2008).

¹⁴ Com o advento da Lei nº 13.988/2020 (Brasil, [2025c]), a transação tributária – que pode ser interpretada como uma abertura da Administração Pública à negociação consensual com o contribuinte – é um marco relevante para a adoção de método não litigioso de resolução de conflitos e de controvérsias na esfera tributária.

mediante agências oriundo dos EUA contrasta com o padrão da Administração Pública brasileira, que tem suas raízes na França.

No caso estadunidense, as agências foram criadas ainda no início do século 20 e expandiram-se durante o New Deal na década de 1930, como forma de relativização das liberdades públicas, ao passo que as primeiras agências reguladoras do País começaram a ser criadas a partir de meados dos anos 1990 na esfera federal¹⁵ e, logo em seguida, em quase todos os estados da federação¹⁶. Assim, como o demonstra Binenbojm (2005, p. 153), a ambiência que fomentou o surgimento das agências reguladoras nos EUA é notavelmente diversa da conjuntura brasileira.

A criação de agências reguladoras nos anos 1990 inovou na estrutura administrativa nacional. Como são autarquias especiais, fazem parte da Administração Pública indireta, isto é, descentralizada. Suas atribuições relacionam-se à regulamentação e ao poder de polícia administrativa relativas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos; elas incluem a disciplina, a fiscalização e a eventual imposição de sanções aos infratores da legislação pertinente. Segundo Barroso (2002), suas funções englobam: a) o controle de tarifas, com o objetivo de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; b) a universalização dos serviços, ao estendê-los a parcelas da população que deles não se beneficiavam dada a escassez de recursos; c) o fomento da competitividade nas áreas sem monopólio natural; d) a fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; e e) o arbitramento dos conflitos entre as partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade, os investidores potenciais etc.

Apenas com a edição da Lei nº 13.848/2019 (*Lei geral das agências reguladoras*) (Brasil, 2019) se veio de fato a falar de gestão institucional uniformizada para as agências reguladoras, com a definição de regras gerais de sua organização e processo decisório, além de seu controle social. Todavia, não há uma norma com densidade dogmática que apresente respostas viáveis para elidir situações litigiosas relativas à sua atuação, em especial quanto aos limites dos seus poderes regulatórios e de suas competências; e justamente nesse quadro constata-se a vocação natural das agências reguladoras para a implantação de uma política de consensualismo.

Egressos de um Direito Administrativo mais formalista e burocrático, os entes tradicionais da Administração Pública direta e indireta geralmente têm menor autonomia para atuar, embora isso seja recomendável quando se trata de implantar soluções favoráveis

¹⁵ O Estado brasileiro conta com onze agências reguladoras, aqui citadas em ordem cronológica de criação: a) a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); b) a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); c) a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); d) a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); e) a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); f) a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA); g) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); h) a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); i) a Agência Nacional do Cinema (Ancine); j) a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); e k) a Agência Nacional de Mineração (ANM).

¹⁶ A experiência brasileira com o paradigma regulatório pode mesmo retroceder em alguns anos, dada suas origens no setor financeiro nacional. Com efeito, não se duvida de que o Banco Central do Brasil, criado pela Lei nº 4.595/1964 (*Lei do Sistema Financeiro Nacional*), já continha institutos que definiam o marco regulatório do setor financeiro.

aos administrados. De todo modo, as agências reguladoras contêm em sua essência um *ethos* voltado para a criação e a preservação de políticas públicas com o fim de aprimorar a prestação de serviços públicos¹⁷. O que as diferencia positivamente no cumprimento desse objetivo é o maior grau de discricionariedade derivado de sua autonomia administrativa.

A instituição de um regime jurídico especial intenta preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, sobretudo do Estado e de seus agentes. Por essa razão, procurou-se demarcar um espaço de legítima discricionariedade, com presumido predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas, foi-lhes outorgada autonomia político-administrativa e econômico-financeira. Dessa forma, a atividade regulatória das agências supostamente permite alcançar um grau mais elevado de *responsividade* social que os órgãos e entidades tradicionais, em virtude da adoção de procedimentos negociados. Assim, por meio das agências, a função regulatória dispõe de um conjunto de instrumentos bem mais eficiente e que permite ao Estado uma ordenação *ótima* de atividades econômicas essenciais para cumprir um de seus principais objetivos: melhorar as condições sociais dos cidadãos.

Dantas (2023, p. 73) ressalta que “a atividade regulatória se realiza como intervenção estatal na economia [...] por meio da edição de normas, implementação dessas normas e fiscalização do cumprimento dessas mesmas normas, por meio de intervenção estatal indireta”. Salienta-se precisamente a vocação intrínseca das agências reguladoras de melhorar a prestação dos serviços públicos mediante mecanismos mais flexíveis, ágeis e dinâmicos. Ou seja, por meio delas é mais fácil lograr a desejada boa governança da Administração Pública. A substituição do modelo de atuação (ou eventualmente a intervenção estatal direta nos serviços públicos) por um de regulação indireta implica mudar a perspectiva sobre o papel do Estado. Fruto desse complexo ambiente, o marco regulatório parece constituir um cenário propício à criação de uma cultura de consensualismo para se superarem conflitos entre os diversos interesses que se opõem. Desse modo, no setor regulatório o consensualismo apresenta-se como um conjunto de práticas e procedimentos destinados a obter soluções acordadas entre as partes envolvidas num conflito, por meio de negociação direta, de mediação ou de outras formas de resolução alternativa de disputas. A diferença é que em sua concepção original as agências reguladoras se destinam à consecução de um sistema de supervisão e monitoramento da prestação de serviços públicos e da atuação de agentes de determinados segmentos econômicos; logo, devem considerar a prevalência de soluções consensuais porque são dotadas de maior eficiência e eficácia.

Um rápido exame da legislação relativa às agências reguladoras demonstra esse compromisso com a resolução consensual de conflitos. A Lei nº 9.472/1997 (Brasil, [2021c]) – que criou

¹⁷ Contudo, poder-se-ia argumentar que a regulação da economia por meio das empresas estatais – sociedades de economia mista e empresas públicas – talvez fosse mais eficiente, sem haver o influxo pernicioso do fenômeno da *captura*, que parece mais comum nas agências reguladoras. Parâmetros mais objetivos de avaliação, no entanto, deveriam ser suscitados para contrastar as diferenças do controle do poder econômico mediante empresas estatais ou agências reguladoras, o que não é objeto deste artigo. Sem dúvida, seria uma discussão relevante para avaliar os instrumentos institucionais que tornam mais eficiente o controle estatal sobre o poder econômico.

a Anatel (art. 93) e dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações – trata do contrato de concessão, do foro e do modo amigável para a solução extrajudicial dos conflitos contratuais. Do mesmo modo, no art. 43 da Lei nº 9.478/1997 (Brasil, [2025a]) – que dispõe sobre a política energética e a ANP –, especifica-se que, dentre as cláusulas essenciais, deve constar a que concerne à solução de controvérsias, ao contrato e à sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacionais.

Assim também, no art. 35, XVI, e no art. 39, XI, da Lei nº 10.233/2001 (Brasil, [2024]) – que trata da criação da ANTT e da Antaq – determina-se que os contratos contenham cláusula específica para a solução de controvérsias contratuais mediante conciliação e arbitragem. O art. 62, § 1º, da Lei nº 12.815/2013 (Brasil, [2022]), dispõe sobre a resolução de litígios decorrentes do inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras de portos, relativo ao recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, por meio da arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/1996. Na norma da ANA (Brasil, [2023]) também se define a mediação e a arbitragem como meios de resolução de conflitos no art. 4º-A, § 5º, incluído pela Lei nº 14.026/2020. Trata-se de um alinhamento da norma da ANA, que amplia a adoção de práticas de negociação por consenso.

A aplicação prática do consensualismo no âmbito das agências tem implicado a celebração dos denominados *acordos substitutivos*, atos bilaterais celebrados entre a Administração e os particulares para barrar ou para extinguir um processo administrativo sancionador. Os exemplos geralmente mencionados tratam da substituição de multas por outras prestações, como a de realizar investimentos nos serviços públicos fiscalizados pela agência. São conhecidos os casos perante a Anatel (Resolução nº 768/2024) e a Anel (Portaria nº 6.858/2023); de acordo com esta, é possível o ajuste consensual para que, diante do não cumprimento de obrigações ou da incursão em práticas vedadas, as prestadoras do serviço público substituam multas por outras medidas de interesse do setor. Trata-se, na prática, de verdadeiros *termos de ajustamento de conduta* – para utilizar a linguagem da Lei nº 13.140/2015. Conforme Sundfeld e Câmara (2011), no ambiente das agências reguladoras existe um sistema sancionador aberto, em que a lei setorial não define na forma de *numerus clausus* os deveres, as proibições, as infrações e as sanções aplicáveis – e tais definições cabem sobretudo aos regulamentos. Pela mesma razão, “qualquer óbice a que eles prevejam como causa excludente das sanções a realização, pelo prestador, de investimentos no interesse do serviço”.

Em 2020, a Anatel viu-se diante de um grande volume de reclamações de consumidores contra uma grande operadora de telefonia móvel. Em vez de apenas abrir um procedimento para apurar e aplicar as sanções cabíveis, a Anatel propôs um termo de ajustamento de conduta (TAC), mediante o qual, além da correção de condutas narradas e do estabelecimento de critérios para a reparação dos usuários eventualmente lesados, a prestadora se

comprometeria a promover a melhoria de seus serviços em todo o País¹⁸. Esse TAC consignou a cláusula *compromissos estruturantes*, que compreende: a) a garantia da oferta do sinal da quarta geração de internet móvel para 449 municípios ainda não atendidos por ela; b) a disponibilidade de fibra óptica para 238 municípios; e c) a ampliação da oferta de sinal 4G na faixa de 700 MHz em 1.388 municípios, dentre os quais 350 – situados nas regiões Norte e Nordeste e no norte de Minas Gerais e de Goiás – tinham menos de 30 mil habitantes¹⁹. Casos como esses revelam os méritos do consensualismo para a resolução mais rápida de litígios, com resultados mais efetivos e com menor dispêndio de tempo e de recursos para as partes envolvidas. Ademais, as soluções construídas deixam de estear-se em modelos abstratos e vão ao encontro de necessidades reais. São mais flexíveis e conseguem ser mais *personalizadas* ou verticalmente setoriais. Com isso, fomenta-se o dinamismo e a eficiência na solução de conflitos em setores extremamente técnicos, como o de telecomunicações ou o de energia.

A despeito da generalizada adesão *interinstitucional* às normas e às decisões de caráter técnico das agências reguladoras, ainda há judicialização para se obterem decisões que as contrariam. Ilustra isso a declaração do diretor-geral da Aneel Sandoval Feitosa sobre a transferência de controle de concessão da Amazonas Energia para a Âmbar Energia:

“É legítima a interferência do poder judiciário? Sim, na minha humilde opinião, na discussão sobre forma, na discussão sobre cumprimento de ritos, nunca sobre a técnica da matéria”, afirma. “O setor regulado, de uma forma geral, também contribui para essa judicialização, na medida em que, ao não ter os seus pleitos atendidos na agência, recorre ao Poder Judiciário, e muitas das vezes levando discussões técnicas” (Feitosa, 2025).

O caso demonstra que as agências reguladoras ainda não atingiram um nível de maturidade em que suas decisões de ordem técnica não provoquem dissenso ou questionamento entre os agentes do setor econômico sob sua responsabilidade, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

5 Consensualismo regulatório

Como se já não fossem suficientes as vantagens de um modelo com instrumentos consensuais para a Administração Pública, a prática estadunidense surgida na década de 1980 foi mais longe. Ela propôs a adoção de um modelo em que a metodologia consensual

¹⁸ Seria bem interessante debater sobre a avaliação da atuação das agências em ambientes ou setores econômicos com oligopólios ou monopólios privados.

¹⁹ Os dados da tramitação do processo de implantação desse TAC podem ser acessados no site da Anatel ([2025]).

não se destinasse somente a definir acordos pontuais com particulares para a resolução de conflitos administrativos; a promoção estatal da regulação negociada não se restringiu a casos específicos de solução de conflitos. Essa concepção regulatória converteu-se, pois, num modelo implantado em toda a atividade regulatória dos EUA. Da ideia de *governança pública*, especialmente quando consideradas suas vantagens preventivas, nasceu a perspectiva de uma regulação negociada (ou consensualismo regulatório). Conhecido no jargão jurídico norte-americano como *neg reg* (ou *reg neg*), esse modelo surgiu da observação de que os instrumentos administrativos tradicionais utilizados pelas agências reguladoras também se tinham tornado bastante conflitivos.

Geralmente apontado como o primeiro a propor essa releitura para uma reconstrução do processo regulatório, Harter (1982, p. 105) parte da premissa de que a praxis das agências reguladoras resultou num sistema demasiado complexo, que – embora concebido para salvaguardar a população contra a produção de normas “arbitrárias ou caprichosas” – deu lugar a um ambiente caracterizado por “demora, custo e insatisfação” (Harter, 1982, p. 1). O autor propõe que se supere essa situação de mal-estar que impede que as agências atinjam seus objetivos institucionais de modo mais efetivo.

A solução obtida por consenso não é um mecanismo de atuação *ex post*, mas *ex ante*. Por conseguinte, na elaboração das normas regulamentares que são a razão de ser das agências, devem-se definir procedimentos para uma regulamentação negociada. Especialmente no caso dos EUA, o problema assumiu uma conotação inusitada porque, segundo Harter (1982, p. 4-5, 24), tanto os tribunais quanto o Congresso impõem o cumprimento de requisitos *procedimentais* (*procedural requirements*); noutros termos, a regulamentação negociada na esfera administrativa adquiriu um *status* na cultura institucional de tal modo relevante que se tornou condição necessária à sua plena realização, antes de eventual discussão nas esferas judicial ou legislativa. Disso resultaria uma situação híbrida que combina a configuração original das agências reguladoras, considerada informal (*informal rulemaking*), e as determinações mais recentes advindas dos Poderes Legislativo e Judiciário, que seriam mais formalistas. Embora houvesse consenso de que era necessário impor algum grau de formalismo no processo regulatório, persistia o mal-estar, pois as partes continuavam a queixar-se “do tempo, das despesas e da legitimidade das decisões administrativas nele obtidas” (Harter, 1982, p. 6, tradução nossa).

É notável que o caso estadunidense seja precisamente o inverso do brasileiro. Naquele, o informalismo no processo regulatório precisou ser calibrado com exigências formais para assegurar a legitimação das agências, ao passo que no Brasil o excesso de formalismo do Direito Administrativo acarretou a necessidade de órgãos mais flexíveis para se criarem normas regulamentares. De qualquer forma, é significativo que, para suprirem o *mal-estar* – eufemismo adotado por Harter (1982, p. 6, 17) em seu artigo pioneiro –, as agências norte-americanas passaram a considerar técnicas de consensualismo não apenas para o processo sancionador, mas também no contexto do procedimento normativo regulatório. A agência alcança evidente legitimidade ao abrir mão de uma posição autocrática de

superioridade (embora formalmente controle o procedimento) e ao permitir que os grupos diretamente envolvidos negociem com ela a melhor maneira de disciplinar o serviço público sob sua alçada. Logo, parece que a prática norte-americana se encontra um passo adiante em relação aos acordos substitutivos empregados no Brasil: as agências reguladoras dos EUA conservam o poder regulamentar, mas o particular é protagonista na elaboração de normas regulatórias; de modo distinto, no Brasil a formulação da regulação ainda provém de agentes públicos de forma quase unilateral. Assim, a eficácia do modelo de agências para o sucesso de sua missão institucional repousaria também num consensualismo preventivo, isto é, na capacidade de as agências congregarem o envolvimento de distintas partes, nelas incluídos os concessionários, os usuários e as comunidades direta ou indiretamente interessadas. As agências federais de aviação (Federal Aviation Administration (FAA)) e de proteção ambiental (Environmental Protection Agency (EPA)) foram os primeiros órgãos a implantar a regulação negociada; atualmente, a prática é amplamente difundida na Administração estadunidense.

Em 1990, o Congresso dos EUA aprovou a *Negotiated Rulemaking Act* (lei da regulamentação negociada) ou simplesmente *Neg Reg Act* (United States, 1990). Em 1996, os procedimentos do consensualismo regulatório foram incorporados ao *Administrative Procedure Act* (lei de procedimento administrativo (APA)), de 1946. Considerando-se que, pelo menos ao tempo de sua edição, as decisões das agências não eram escrutinadas pelo Poder Judiciário daquele país²⁰, havia a preocupação em legitimar o caráter consensual da norma por meio do procedimento adotado. Ao estruturar a condução da produção normativa negociada (*a framework for the conduct of negotiated rulemaking*) (United States, 1990), os §§ 581 a 590 do subcapítulo IV do Capítulo V da primeira parte da lei dispõem sobre a criação de normas pelas agências reguladoras. Seu propósito é prover-lhes uma estrutura adequada. Além disso, é notório o propósito de encorajá-las a manter uma atuação informal na expedição de regulamentos: o texto afirma que as disposições nele presentes não inibem nem limitam a atuação das agências quanto à inovação ou à experimentação de novas modalidades de negociação para se fixarem normas e procedimentos.

De acordo com o § 583 da lei, o procedimento é iniciado pelo chefe ou presidente da agência afeta ao assunto da negociação, se vier a ser considerado de interesse público; e o ato deve ser adequadamente motivado. Em seguida, a agência colhe os pareceres técnicos iniciais, que podem ser dados por seu próprio pessoal ou por técnicos convocados. Caso prossiga, cria-se ou não o comitê para a regulamentação normativa negociada (*negotiated rulemaking committee*), sob o qual o restante do procedimento se desenvolverá mais diretamente. O comitê representa os interesses em disputa e, conforme o § 585 (b), é composto

²⁰ Trata-se da doutrina *Chevron*, afirmada pela Suprema Corte dos EUA no caso *Chevron USA, Inc. v. NRDC*. Nela se consagrou o princípio de deferência, segundo o qual as cortes judiciais, particularmente as federais, devem exercer autocontenção; em vez de intervirem (*judicial review*), devem respeitar ou ser deferentes à interpretação dada pelas agências reguladoras à legislação emanada do Congresso, desde que não contrária a ela, visto que o Poder Legislativo delegou à agência essa atribuição. Contudo, atualmente ela tem sido revista, como o demonstra o recente julgamento do caso *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* (2024).

de 25 membros no máximo, a menos que o dirigente da agência julgue necessária uma composição maior para garantir o seu funcionamento ou para alcançar uma composição paritária. Além disso, ao menos um deles deverá ser representante das agências. Todavia, se a administração superior da agência decidir não prosseguir com o procedimento de regulamentação negociada, essa decisão, igualmente fundamentada, deverá ser publicada e se garantirá a qualquer pessoa uma cópia dela.

As disposições constantes dos §§ 586 e 587 dispõem sobre o funcionamento e o término do comitê. Para a obtenção do consenso, ele pode adotar os procedimentos que julgar mais apropriados a fim de conciliar os interesses particulares com as necessidades públicas. O comitê também pode designar facilitadores para levar adiante as negociações. O APA não define os passos do procedimento de negociação, como costuma ocorrer em qualquer situação em que se adote o consensualismo – prefere-se a flexibilidade a modelos mais formais. Atingido o consenso, o comitê deve apresentar relatório circunstanciado em que conste a proposição normativa dele decorrente, que deverá ser promulgada pela agência. Depois, o comitê será dissolvido, salvo se um prazo anterior para seu término tenha sido fixado ou se o comitê entender que suas funções devem ser encerradas por não mais haver espaço para se atingir o consenso almejado. Por fim, o § 590 determina que não é sindicável pelo Poder Judiciário “qualquer ação da agência relacionada ao estabelecimento, à assistência ou ao encerramento de um comitê de negociação de normas sob este subcapítulo” (United States, 1990, tradução nossa); nesse dispositivo, estabelece-se que um tribunal não deve tratar com deferência qualquer decisão judicial que desautorize uma norma produzida em negociação mediada por uma agência reguladora.

Há quem argumente não haver maiores vantagens na obtenção de um consenso regulatório, pois ela poderia envolver mais dispêndio de tempo, dinheiro e recursos tanto das agências como dos particulares envolvidos no processo; ademais, poderia induzir à ideia de diminuir a presença da Administração²¹. Além da maior legitimidade do processo, dada sua dinâmica voltada à inclusão dos interesses envolvidos, um procedimento flexível parece ser mais adequado em certos setores ou atividades em contínua inovação tecnológica. O estudo de Freeman e Langbein (2000, p. 86) demonstra que cerca de 80% dos questionamentos eram resolvidos com a apresentação de informações objetivas. O comprometimento de todas as partes envolvidas estimularia o cumprimento espontâneo e fortaleceria a capacidade de as agências atuarem para a solução efetiva de conflitos, algo perceptível na menor litigância verificada depois da regulamentação. Quanto ao criticismo, para Freeman e Langbein (2000, p. 74, tradução nossa), a *neg reg* não representa “um dramático afastamento das formas tradicionais de produção normativa”, já que, de forma geral, teriam ocorrido, pelo menos na prática das agências reguladoras norte-americanas, “negociações informais com as partes interessadas”.

²¹ Esses argumentos são detidamente analisados num longo estudo de Freeman e Langbein (2000).

Ao institucionalizar essas tratativas, o consenso regulatório apenas as formalizaria e, ao fazê-lo, sinalizaria a mudança de paradigma: de um modelo administrativo impositivo para um de cunho colaborativo e participativo, alinhado com teorias contemporâneas de governança e de regulação *responsiva*. Coglianese (1997, p. 1.268) assinala que no final da década de 1990 pelo menos doze leis (*statutes*) determinaram a certas agências a realização de processos negociados de regulamentação – dentre elas, os departamentos de educação, de saúde, do interior, de serviços humanos, de habitação e desenvolvimento urbano, além da comissão nuclear. No entanto, a despeito das anunciadas vantagens de um modelo regulatório mais participativo, a práxis norte-americana não parece corresponder à intensificação de casos inicialmente almejada pelo Congresso. Ou seja, nos EUA as supostas vantagens também não parecem ser demasiadas. Um exemplo recente e que tem despertado particular interesse diz respeito à necessidade de se normatizarem os empréstimos concedidos a universitários, cujo inadimplemento aumentou depois da pandemia da Covid-19.

A propósito, a página oficial do Departamento de Educação dos EUA veicula a sequência de atos praticados no procedimento que se estendeu ao longo do biênio 2023-2024 com o fim de proceder a “mudanças regulatórias nos programas autorizados pelo Título IV da Lei da Educação Superior de 1965” (United States, 2025, tradução nossa). Também é possível observar todos os passos requeridos pelo *Neg Reg Act* desde a afetação do tema e a formação do Comitê até as sessões públicas realizadas e as conclusões obtidas. A análise dessas informações permite constatar que se tratou de uma importante experiência na utilização recente da *reg neg* e que revelou a extensão de seu potencial, como o projetara o legislador estadunidense. Ao estruturar um amplo fórum para as discussões, em que tiveram voz especialmente os *stakeholders* menos favorecidos, o Comitê granjeou legitimidade no campo acadêmico e propiciou a concepção de soluções sustentáveis. Por meio de um procedimento transparente e permeável a todos os interessados também se garante a legitimidade de uma *reg neg*, como o comprovam detalhadamente Susskind e McMahon (1985, p. 163-164) ao descreverem as condições-chave de adesão efetiva. Ainda assim, o consenso não foi obtido em vários de seus pontos cardeais; isso revelou que, apesar das inequívocas vantagens dos mecanismos autocompositivos, é imprescindível estimular na sociedade uma cultura de superação pacífica do conflito.

No caso brasileiro, a inclusão dos arts. 26 e 29 no Decreto-lei nº 4.657/1942 (*Lei de introdução às normas do Direito brasileiro*) (Brasil, [2018]) pode servir de fundamento legal para a implantação de processos e procedimentos normativos negociados pelas agências reguladoras, pois o art. 26 estabelece a possibilidade de se estipularem compromissos entre o Poder Público e os interessados para a superação de incertezas jurídicas, e o art. 29 estimula o recurso a mecanismos como a consulta pública para a edição de atos normativos no âmbito da Administração. Gregio (2024, p. 113-114) afirma que surge, naturalmente, “a consensualidade no trato da coisa pública. O desafio doutrinário e jurisprudencial que ora se impõe não mais reside nessa discussão. O problema, agora, reside no *modo* [...], a compreensão de como pode funcionar e quais seus limites”.

O consensualismo regulatório desponta como abordagem promissora e provavelmente desempenhará um papel crescentemente relevante à medida que os ambientes regulatórios exigirem resposta rápida em virtude das contínuas mudanças tecnológicas, econômicas e sociais.

6 Conclusão

Este estudo examinou a importância do consensualismo como método de resolução de litígios na Administração Pública e, em especial, a sua capacidade de tornar a negociação um pilar gerencial para se implantar uma política regulatória mais eficaz e dinâmica que os métodos tradicionais.

O consensualismo regulatório é, com efeito, uma ferramenta capaz de proporcionar soluções mais rápidas, flexíveis e adaptadas às necessidades específicas das partes envolvidas. Sua implantação faria aumentar o nível de legitimidade e de aceitação das decisões das agências reguladoras; e a principal consequência benéfica seria a disposição ao cumprimento voluntário das normas, além de uma relação mais construtiva e amistosa entre Estado e o setor privado sob a regulação, com um real ganho socioeconômico para o conjunto da sociedade.

Parece não haver dúvida de que a institucionalização da cultura da solução negociada permite reduzir custos e melhorar os índices de *compliance* e de transparência, bem como alcançar soluções inovadoras e mais adequadas às complexidades dos setores regulados; essas soluções podem ser enumeradas dentre as mais destacadas vantagens da utilização da *neg reg* no âmbito regulatório. Contudo, tais práticas consensuais exigem o desenvolvimento de novas competências, tanto dos reguladores quanto dos regulados, sobretudo em relação às habilidades de negociação e de resolução colaborativa de problemas.

Evidentemente, tornar flexível um paradigma tradicional – formal e imperativo – exige transparência de todos os atores públicos e privados interessados, num processo simultaneamente acompanhado e validado pelos órgãos de controle, a fim de que se assegure a prevalência do interesse público.

Referências

- ANATEL (Brasil). *TAC TIM: acompanhamento e controle*. Brasília, DF: Anatel, [2025]. Disponível em: <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acompanhamento-e-controle/tac-tim>. Acesso em: 7 maio 2025.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/850>. Acesso em: 7 maio 2025.
- ARQUITETURA da escolha. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. [São Francisco, CA: Wikimedia Foundation], 7 fev. 2023. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Arquitetura_da_escolha. Acesso em: 7 maio 2025.

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 75-94, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/institucional/cejusc/bibliografia/artigo-andre-fatores-de-efetividade.pdf>. Acesso em: 7 maio 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-311, jul./set. 2002. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46445>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 7 maio 2025.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun. 2005. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43622>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43622>. Acesso em: 7 maio 2025.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2025a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implantação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9984.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lei_2001/l10233.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lei_2001/l10259.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2025b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. *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 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. *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 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. *Lei 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 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. *Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2025c]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 7 maio 2025.

CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 105-106, p. 213-217, 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.3917/rfap.105.0203>. Disponível em: <https://shs.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2003-1-page-203?lang=fr&tab=texte-integral>. Acesso em: 7 maio 2025.

COGLIANESE, Cary. Assessing consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking. *Duke Law Journal*, Durham, NC, v. 46, n. 6, p. 1.255-1.349, Apr. 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss6/1/>. Acesso em: 7 maio 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *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: CNJ, [2021]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 7 maio 2025.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). *Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014*. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Brasília, DF: CNMP, [2020]. Disponível em: <https://cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/154>. Acesso em: 7 maio 2025.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista ANNEP de Direito Processual*, Salvador, BA, v. 1, n. 1, p. 140-162, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i1.33>. Disponível em: <https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/33>. Acesso em: 7 maio 2025.

DANTAS, Bruno. *Consensualismo na administração pública e regulação: reflexões para um direito administrativo do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven: Yale University Press, 1973.

FEITOSA, Sandoval. Decisões judiciais limitam atuação técnica da Aneel em alguns casos, avalia diretor-geral. Entrevista concedida a Marlla Sabino. *JOTA*, [s. l.], 21 jan. 2025. Disponível em: https://www.jota.info/energia/decisoes-judiciais-limitam-atuacao-tecnica-da-aneel-em-alguns-casos-avalia-diretor-geral?utm_campaign=jota_info_ultimas_noticias_destaque_2112025&utm_medium=email&utm_source=RD+Station. Acesso em: 7 maio 2025.

FREEMAN, Jody; LANGBEIN, Laura I. Regulatory negotiation and the legitimacy benefit. *N.Y.U. Environmental Law Journal*, New York, v. 9, p. 60-151, 2000. Disponível em: https://www.academia.edu/722691/Regulatory_Negotiation_and_the_Legitimacy_Benefit_9_NYU_ENVTL?uc-g-sw=722690. Acesso em: 7 maio 2025.

GOMES, Ana. *Métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Universitária, 2022.

GREGIO, Priscilla Dutra Almeida. *Autocomposição e consensualidade na administração pública: a estruturação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos a partir da Lei n. 13.140/2015*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2024. (Série Monografias do CEJ, 46). Disponível em: <http://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/7109>. Acesso em: 7 maio 2025.

HARTER, Philip J. Negotiating regulations: a cure for malaise. *The Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 71, n. 1, p. 1-118, 1982. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/glj71&id=17&collection=journals&index=journals/glj>. Acesso em: 7 maio 2025.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MENKEL-MEADOW Carrie. Alternative and appropriate dispute resolution in context formal, informal, and semiformal legal processes. In: COLEMAN, Peter T.; DEUTSCH, Morton; MARCUS, Eric C. (ed.). *The handbook of conflict resolution: theory and practice*. San Francisco, CA: Wiley, 2014. p. 1-28. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2584188#. Acesso em: 7 maio 2025.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia: RDPE*, Belo Horizonte, v. 9, n. 34, abr./jun. 2011.

_____. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 117-126, 2008. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41529>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41529>. Acesso em: 7 maio 2025.

SUSSKIND, Lawrence; MCMAHON, Gerard. The theory and practice of negotiated rulemaking. *Yale Journal on Regulation*, New Haven, v. 3, n. 1, p. 133-165, 1985. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol3/iss1/5>. Acesso em: 7 maio 2025.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

UNITED STATES. Congress. S. 303 – *Negotiated Rulemaking Act of 1990*. Washington, DC: Congress.gov, 1990. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/303>. Acesso em: 7 maio 2025.

_____. Department of Education. *Negotiated rulemaking for higher education 2023-2024*. Washington, DC: U.S. Department of Education, Feb. 21, 2025. Disponível em: <https://www.ed.gov/laws-and-policy/higher-education-laws-and-policy/higher-education-policy/negotiated-rulemaking-for-higher-education-2023-2024>. Acesso em: 7 maio 2025.

WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça: processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/ril