

Gustavo Ramos da Silva Quint

**A LÓGICA DO CONSENSO NA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA E O ARTIGO 26 DA LEI DE  
INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO  
BRASILEIRO: ALCANCE, LIMITES E  
POSSIBILIDADES**

Dissertação submetida ao  
Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal  
de Santa Catarina como  
requisito parcial para obtenção  
do Título de Mestre em Direito.

Orientador:  
Prof. Dr. José Sérgio da Silva  
Cristóvam

Florianópolis  
2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Quint, Gustavo Ramos da Silva

A lógica do consenso na Administração Pública e o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro : alcance, limites e possibilidades / Gustavo Ramos da Silva Quint ; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, 2019.

**227 p.**

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Consensualidade. 4. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. I. da Silva Cristóvam, José Sérgio . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.



UNIVERSIDADE FEDERAL  
DE SANTA CATARINA

Centro de Ciências Jurídicas  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina  
Campus Florianópolis - Caixa Postal 476  
88020-900 Florianópolis - Santa Catarina, Brasil  
Fone: (51) 3721-4100 Fax: (51) 3721-4102

**A LÓGICA DO CONSENSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O  
ARTIGO 26 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO  
BRASILEIRO: ALCANCE, LIMITES E POSSIBILIDADES**

**GUSTAVO RAMOS DA SILVA QUINT**

Esta Dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

**Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam**  
UFSC – Orientador

**Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr**  
UFSC – Membro

**Prof. Dr. Joel de Menezes Niebuhr**  
ESMESC – Membro

**Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto**  
UFSC – Membro

**Dr. Salomão Antônio Ribas Junior**  
UFSC – Membro

**Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira**  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, 24 de maio de 2019.

**Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira**  
Coordenador  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Portaria nº 661/2019/GR



## AGRADECIMENTOS

30 de agosto de 2017 foi um dia especial. Havia recém estacionado na Universidade Federal de Santa Catarina quando, ao caminhar rumo à cerimônia de colação de grau, após 5 anos de graduação em Direito, achei meu nome na lista de aprovados na seleção de mestrado. Tudo bem que era apenas o resultado parcial, da primeira etapa, mas já era meio caminho andado – e nada como uma notícia dessas antes de receber o canudo.

Com 64 bons concorrentes, acabei aprovado para uma das 3 vagas do Professor Cristóvam, a quem já rendo agradecimento. Destaco o constante incentivo, o apoio nas revisões e valiosas considerações. Recém-admitido no Programa de Pós-Graduação em Direito, ele depositou em mim a confiança entre tantos outros candidatos muito mais experientes. Acho que não o decepcionei. Suas aulas na graduação, em Direito Administrativo II, onde tive com ele o primeiro contato, reforçaram meu amor pela disciplina. Perdoe-me o processo civil.

Encarar o mestrado, emendando-o ao final da graduação, foi uma das decisões mais difíceis que tomei. Quase desisti, antes mesmo de tentar. Tive receio de não conseguir conciliar com a advocacia, mas pelo jeito deu tudo certo. E bem antes da hora.

O mestrado me tornou uma pessoa melhor em muitos sentidos, profissional, pessoal e academicamente. E aqui talvez esteja o traço diferencial em relação ao meu estado de espírito quando escrevi o TCC. Na graduação, há uma série de indecisões, medos e imaturidades. No doutorado, muito chão já foi percorrido, o medo e a imaturidade são menores. O mestrado é o ponto do equilíbrio, é onde as mudanças começam a ser sentidas. Uma delas é na parte física: percebi que já não tenho mais fôlego para virar noites, como facilmente fazia nos primeiros anos de graduação e nas etapas finais do TCC.

Assumi um desafio muito grande: terminar o mestrado em 15 meses. Muita gente achou que não iria conseguir; aliás, por um tempo nem mesmo eu acreditei. Só que o apoio que tive de muita gente querida foi incondicional; e eu consegui.

Rafa, mãe Chris, vó Nina, pai Jairo, vó Mauro, tio Odilon, tia Jacque, Tati e Matheus. Vocês são essenciais na minha vida. Especialmente aos meus pais e aos meus avós, digo: só eu sei o quão difícil foi estar ausente durante a escrita do trabalho; abrir

mão do carinho confortante de vocês para conseguir cumprir a contento o prazo a que me submeti foi muito difícil.

Fê<sup>1</sup>, você é uma mulher incrível. Admiro sua luta, seu feminismo, sua incapacidade de mostrar indiferença à injustiça e à dor alheia e, sobretudo, de batalhar por seus ideais – tanto no Direito como na vida. Você é uma companheira de vida e meu porto seguro. Guardo, em relação à sua família, aqui representada por Liana e Renato, Ju e Fred, todos os sentimentos bons que tenho em relação a você, de uma outra forma também toda especial.

O suporte e o incentivo que recebi da Menezes Niebuhr advogados são indescritíveis. O escritório é uma segunda casa pra mim, meu projeto profissional, e onde tenho, sem medo de admitir, verdadeiros amigos. Agradeço a todos do escritório igualmente, mas preciso fazer especial destaque ao pessoal da famigerada sala da caxumba (Bruna, Amanda K., Belisa, Eduardo, Fran, Katiane, Gustavo M., Hugo, Karol Dib, Leonardo M., Luiz C., Luiza P., Raquel, Perla, Lucas Z., Larissa, Luísa, Joana, Déborah, Luiz F., Luiza C.; e ao Núcleo de Direito Administrativo e aqueles que também já não mais dele fazem parte (Amanda, Ana B., Amandha, Eduardo S., Gustavo B., Giancarlo, Hélio B, Sabrina e Marco). Dos que fazem, Isaac Medeiros, Vitória Malucelli, Renan Ferraz, Rodrigo Lahoz, Fernanda Shramm, Igor Santos, Murillo Preve, Luiz Assis, Carlão, Natália Dodl, Dr. Salomão Ribas Jr., Pedro, Cauê e Joel, externo minha imensa gratidão e felicidade em fazer parte de um time tão amigo, profissional e inspirador (e que segurou as pontas enquanto eu estava ausente). Cauê, obrigado por me introduzir ao estudo sobre a consensualidade e por me ensinar a perspicácia da prática da advocacia. Pedro, mentor do TCC, chefe, colega, amigo e estrategista. Devo grande parte deste trabalho às suas considerações e aos seus incansáveis ouvidos. Joel, fico praticamente sem saber o que dizer, depois de uma demonstração tão bela e sincera de humanidade e empatia em relação aos meus desafios. Admiro sua grandeza como profissional e como pessoa.

Ao professor João dos Passos Martins Neto, pelas valiosas considerações na banca de defesa de projeto e por aceitar compor a banca junto ao Joel, ao Pedro e ao Dr. Salomão.

---

<sup>1</sup> Desta vez, diferentemente do que foi com o TCC, você não teve que virar noites comigo revisando o trabalho. Não repetiria tal crueldade. Tenho juízo.

Aos amigos da escola e da vida. Aos parceiros da Wolkmer S.A., gigante na academia e nos gramados. Deixo um agradecimento sincero e especial ao William, Thais, Elisa, Vitor, Gustavo S. Joana, Mateus, Gustavo B., Ana Júlia, Rafael, Yasmin, Pedro G., Priscilla, Luiza B., Mariana C., Rebeca, Manoella P., Pedro E., Gustavo C., Gabriel N., Ana Fantini, Carolina Lacerda, Bia, Mari e Eduardo. Vocês são especiais.



## RESUMO

A evolução da postura da Administração Pública é o fio condutor da transição da imperatividade para a consensualidade. Conquanto os dois fenômenos coexistissem, a atividade administrativa entremostrou-se preponderantemente autoritária e imperativa ao longo da consolidação do Direito Administrativo, fator que se explica pela influência do sistema francês e das nuances relativas à necessidade de consolidação do novo modelo contraposto ao “*Ancien Régime*”. O módulo imperativo influenciou fortemente a Administração Pública brasileira e, apesar da consolidação da matriz consensual em países da Europa continental, a abertura à consensualidade no Brasil deu-se de forma tardia, apenas a partir da década de 1990. O sistema brasileiro, contudo, conquanto preveja mecanismos consensuais de forma esparsa, carecia de um permissivo genérico à celebração de acordos na Administração Pública a despeito de tal previsão já ser uma realidade há décadas no sistema europeu. Isso criava um ambiente de insegurança jurídica para a adoção da consensualidade, principalmente em um contexto de fortes objeções doutrinárias por invocação aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, bem como da legalidade. A Lei n. 13.655/2018, no entanto, rompe esse paradigma por meio da inserção do artigo 26 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942). O dispositivo é o permissivo amplo e genérico faltante no ordenamento jurídico brasileiro e estabelece regulamentação mínima que serve de baliza para a celebração de acordos em todos os níveis da Administração Pública. Da mesma forma, realiza a lógica consensual, que consiste na consecução do interesse público por formas mais eficientes e horizontais da atuação administrativa.

**Palavras-chave:** *imperatividade; consensualidade; Administração Pública brasileira; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; acordos administrativos.*

## ABSTRACT

The evolution of the Public Administration's position is the guiding line of the transition from imperativity to consensuality. Although the two phenomena coexisted, the administrative activity was predominantly authoritarian and imperative throughout the consolidation of Administrative Law, a factor that is explained by the influence of the French system and the nuances related to the need to consolidate the new model opposed to the "*Ancien Régime*". The imperative module strongly influenced the Brazilian Public Administration and, despite the consolidation of the consensual matrix in continental European countries, the openness to consensuality in Brazil occurred only belatedly from the 1990s. The Brazilian system, however, although it provides for consensual mechanisms in a sparse way, lacked a generic permissive to the conclusion of agreements in the Public Administration despite the fact that such a forecast has been a reality for decades in the European system. This created an environment of legal uncertainty for the adoption of consensuality, especially in the context of strong doctrinal objections for invoking the principles of supremacy and unavailability of public interest as well as legality. Law n. 13.655/2018, however, breaks this paradigm by inserting Article 26 into the Law on Introduction to Brazilian Law (Decree-Law n. 4.657/1942). The device is the broad and generic permissive missing in the Brazilian legal system and establishes minimum regulations that serve as a goal for the conclusion of agreements at all levels of the Public Administration. In the same way, it carries out the consensual logic, which consists in the achievement of the public interest for more efficient and horizontal forms of administrative action.

**Keywords:** *imperative administration; consensuality; Brazilian Public Administration; Law on Introduction to Brazilian Law; public agreements.*

## RÉSUMÉ

L'évolution de la position de l'Administration Publique est le fil conducteur de la transition de l'impérativité vers la consensualité. Bien que les deux phénomènes coexistant, l'activité administrative se montrait majoritairement autoritaire et impérative au long de la consolidation du Droit Administratif, facteur qui s'explique par l'influence du système français et des nuances liées à la nécessité de consolidation du nouveau modèle opposé à l'ancien régime. Le modèle impératif a profondément influencé l'Administration Publique brésilienne et, malgré la consolidation de la matrice consensuelle dans les pays de l'Europe continentale, l'ouverture vers la consensualité au Brésil s'est passée de manière tardive, seulement depuis les années 1990. Cependant, même si le système brésilien prévoyait des mécanismes consensuels de manière éparse, ce qui lui manquait c'était un permissif générique pour la conclusion des accords dans l'Administration Publique, bien que cette prévision ait été une réalité depuis décennies dans le système européen. Cela créait un contexte d'insécurité juridique pour l'adoption de la consensualité, surtout dans un contexte de fortes objections doctrinaires par l'invocation aux principes de suprématie et indisponibilité de l'intérêt public, ainsi qu'au principe de légalité. La loi n. 13.655/2018, pourtant, a rompu ce paradigme avec l'insertion de l'article 26 dans la Loi d'Introduction aux Normes du Droit Brésilien (Décret-Loi n. 4.657/1942). Le dispositif est le permissif large et générique qui manquait à l'ordre juridique brésilien et il établit une réglementation minimale qui sert de balise pour la conclusion d'accords à tous les niveaux de l'Administration Publique. De la même façon, il exécute la logique consensuelle, qui consiste en la réalisation de l'intérêt public par des formes plus efficaces et horizontales de l'action administrative.

**Mots-clés:** *impérativité; consensualité; Administration Publique brésilienne; Loi d'Introduction aux Normes du Droit Brésilien; accords administratifs.*



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA IMPERATIVA</b> .....	<b>17</b>
2.1	PRELÚDIO: O DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO.....	18
2.2	ATUAÇÃO IMPERATIVA E UNILATERALIDADE ..	24
2.2.1	<b>As origens do traço imperativo na Administração Pública</b>	<b>25</b>
2.2.2	<b>A herança preponderante da escola da <i>puissa</i> <input type="checkbox"/><input type="checkbox"/><input type="checkbox"/><input type="checkbox"/> <i>pu</i> <input type="checkbox"/><i>z</i> <input type="checkbox"/><i>u</i> <input type="checkbox"/> como fundamento para um uso imperativo das prerrogativas públicas no direito brasileiro</b> .....	<b>42</b>
2.2.3	<b>A influência da matriz autoritária no Direito Administrativo brasileiro contemporâneo: contrassenso à evolução histórica</b> .....	<b>46</b>
<b>3</b>	<b>ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL</b> .....	<b>71</b>
3.1	PREMISSAS CONCEITUAIS .....	71
3.2	PANORAMA INTERNACIONAL .....	79
3.3	BASES E PRESSUPOSTOS DA CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	89
3.4	CARACTERÍSTICAS .....	97
3.4.1	<b>Eficiência e instrumentalidade do Direito Administrativo</b> .....	<b>98</b>
3.4.2	<b>Participação popular</b> .....	<b>107</b>
3.5	MECANISMOS CONCRETOS DE CONSENSO NO DIREITO BRASILEIRO .....	112
<b>4</b>	<b>O ARTIGO 26 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	<b>125</b>
4.1	ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO	126
4.1.1	<b>Histórico, função e estrutura</b> .....	<b>126</b>
4.2	A LEI N. 13.655/2018: UM PEQUENO GRANDE PASSO	133

4.3	AS NUANCES DO ARTIGO 26 .....	141
<b>4.3.1</b>	<b>Veto presidencial.....</b>	<b>150</b>
<b>4.3.2</b>	<b>O compromisso.....</b>	<b>155</b>
4.3.2.1	Significado e natureza jurídica .....	155
4.3.2.2	Conteúdo e cláusulas .....	157
4.3.2.3	Interesse geral.....	165
<b>4.3.3</b>	<b>Eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa .....</b>	<b>169</b>
4.3.3.1	Irregularidade .....	170
4.3.3.2	Situação contenciosa .....	172
4.3.3.3	Incerteza jurídica .....	174
4.4	PROCEDIMENTO .....	176
<b>4.4.1</b>	<b>Iniciativa .....</b>	<b>176</b>
<b>4.4.2</b>	<b>Instrução .....</b>	<b>177</b>
4.4.2.1	Consulta pública.....	177
4.4.2.2	Oitiva do órgão jurídico .....	181
<b>4.4.3</b>	<b>Celebração do compromisso .....</b>	<b>182</b>
4.4.3.1	Competência.....	182
4.4.3.2	Negociação com a autoridade competente .....	184
<b>4.4.4</b>	<b>Necessidade de edição de regulamentos.....</b>	<b>186</b>
4.5	A RELAÇÃO DIRETA ENTRE CONSENSUALIDADE E A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.....	189
4.6	O QUE ESPERAR.....	193
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>195</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>205</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente Dissertação de Mestrado em Direito tem como temas a “Administração Pública Consensual” e a “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasil”. A delimitação do tema, por sua vez, consiste na investigação do alcance, limites e possibilidades da adoção de mecanismos consensuais pela Administração Pública, com base no artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A pesquisa encarrega-se de entender a relação entre Administração Pública e particulares sob o manto da consensualidade. O interesse no tema de pesquisa em específico surge da relativa novidade do instituto no direito brasileiro. Ainda que a consensualidade já seja realidade, há décadas, no ordenamento e na cultura jurídica de uma plêiade de países, o tema ainda pode ser considerado recente no Brasil, com incipiente e tímida aplicação prática pelos operadores do direito e administradores públicos, salvo em setores específicos de regulação. Ao que se sabe, poucos cursos de direito abordam a consensualidade nas suas cadeiras de graduação, de modo que a discussão acaba restrita à pós-graduação e a obras especializadas.

A consensualidade impõe uma nova forma de olhar o agir administrativo. É o que se propõe na pesquisa: analisar a rota histórica evolutiva da aplicação do instituto no Direito Administrativo e, com isso, demonstrar as razões que levam a pensar que a consensualidade é o melhor caminho.

Sobre o problema da pesquisa, pode ser dizer que consiste em identificar, em primeiro lugar se e em que medida o artigo 26 da Lei n. 13.655/2018 realiza a lógica do consenso na Administração Pública. E, em um plano de consequência, quais os limites e possibilidades em sua aplicação?

A partir da problemática estabelecida, é possível afirmar como hipótese básica que o artigo 26 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro é consentâneo e realiza a consensualidade na medida em que consolida a possibilidade de adoção de mecanismos consensuais pela Administração Pública. Trata-se de permissivo genérico inédito, uma vez que, com exceção de previsões esparsas em segmentos específicos, antes da inclusão do referido dispositivo por meio da Lei nº 13.655/2018 inexistia no ordenamento brasileiro segurança jurídica para aplicação sistemática da consensualidade em todos

os domínios da Administração Pública. Essa previsão do artigo 26 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro é balizada pelas seguintes notas principais: (i) em relação ao alcance, por tratar-se de lei nacional, o permissivo genérico para adoção de mecanismos consensuais abrange a Administração Pública, direta e indireta, em todos seus níveis de atuação; (ii) quanto às limitações, os mecanismos de consensualidade, ainda que encontrem permissivo genérico, não podem ser aplicados de forma descompassada com os princípios e balizas regentes da atividade administrativa; (iii) por fim, o dispositivo inaugura (pelo menos pretende) uma nova era na Administração Pública, sedimentando definitivamente a possibilidade de ajustes entre particular e poder público, podendo consolidar-se como mecanismo eficaz e hábil a uma Administração Pública mais democrática e paritária.

Como hipóteses secundárias, tem-se que:

(i) O artigo 26 da LINDB serve à realização da consensualidade no âmbito da Administração Pública, não obstante a corrente doutrinária da indisponibilidade do interesse público e de outros princípios fundantes do direito administrativo;

(ii) Apesar da previsão no artigo 26, ainda existem óbices incontornáveis para aplicar a lógica do consenso na Administração Pública, como por exemplo, no exercício da atividade sancionatória, tributária e regulatória, o que limita sobremaneira o alcance do dispositivo.

Adota-se, por oportuno, as seguintes variáveis:

Administração Pública consensual: consiste na noção de Administração Pública horizontalizada cuja atividade é marcada essencialmente pelos traços de consensualidade e de diálogo com o particular, de participação popular na tomada de decisões, bem como pela adoção de mecanismos de governança pública e conformidade.

Consensualidade: fenômeno que pauta as relações entre pessoas, órgãos e/ou agentes do Estado de forma a privilegiar o acordo e o consenso na tomada de decisões.

Mecanismos consensuais de solução de conflitos: quaisquer tipos de acordos entre Administração Pública e o particular.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: diploma legal com vistas a estabelecer as balizas gerais para a aplicação do direito brasileiro.

Pretende-se, a título de objetivo geral, compreender o modelo de Administração Pública consensual, suas origens dogmáticas no direito estrangeiro e respectivas rotas evolutivas, bem como a recepção do fenômeno pelo Direito brasileiro. Com isso, através da análise das nuances do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, quer-se verificar de que forma o dispositivo realiza a consensualidade na atividade administrativa e quais são as possibilidades, o alcance e os limites na sua aplicação para a adoção de mecanismos consensuais.

Com efeito, elenca-se os seguintes objetivos específicos:

(i) Analisar o fenômeno dos acordos administrativos, seu histórico, conceito jurídico e aspectos gerais; compreender a recepção da consensualidade no Direito brasileiro a partir da experiência do Direito estrangeiro;

(ii) Verificar as principais objeções a adoção de mecanismos consensuais na Administração Pública; encontrar mecanismos que permitam afastar as objeções referidas acima;

(iii) Compreender a função da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; e,

(iv) Estudar o alcance, as possibilidades e os limites de aplicação do dispositivo em questão.

O método de abordagem definido para a dissertação é o dedutivo. O método de procedimento de pesquisa é o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, a partir de fontes primárias (basicamente legislação constitucional e infraconstitucional brasileira) e secundárias (livros sobre temáticas específicas, manuais, artigos de revistas especializadas em suporte físico e digital, teses e dissertações).

A pesquisa está dividida em três capítulos. O primeiro trata da postura imperativa da Administração Pública, que, por circunstâncias históricas, foi essencialmente marcada por traços autoritários. Entende-se que tal traço imperativo está associado ao berço do Direito Administrativo moderno, que nasce, como disciplina jurídica autônoma, não para a proteção dos direitos fundamentais, mas como forma de proteger a autoridade do Estado.

Sucedem que as concepções e as percepções de como deve ser o Estado evoluíram a partir dos anos conclamando a Sociedade por uma “autoridade menos autoridade”, mais próxima e serviente aos interesses sociais. No entanto, nem sempre foi o que se viu na realidade prática. Em muitos países, como no Brasil,

a concepção autoritária permanece, em função do que, por vezes, a Administração Pública parece situar-se em um altar, portando-se como guardiã exclusiva do “cálice” do sacro interesse público.

Não raro há arbitrariedades, em constante negação de direitos dos particulares: na imposição da vontade pelo ato administrativo, em processo administrativo onde a decisão já foi tomada mesmo antes do provimento final, na burocracia estatal e na série de entraves formais à satisfação do mais básico pedido de acesso aos autos, ou na concessão de um alvará, por exemplo. Em outros casos, sanções administrativas são aplicadas com patente desproporcionalidade e de forma desarrazoada, levando à judicialização da controvérsia ou à impossibilidade, pelo particular, de suportar o peso da sanção e de reparar o dano causado. Tais problemas são evidenciados ao longo do capítulo, culminando por concluir pela necessidade de mudança nessa postura.

A dimensão da consensualidade exsurge, portanto, no segundo capítulo, para jogar luz a essa problemática e sugerir algumas soluções. Tratar-se-á de delimitar as premissas conceituais, as bases e pressupostos da consensualidade, o panorama internacional do instituto, bem como as características e os mecanismos de consenso existentes de forma esparsa no direito brasileiro até a inclusão do dispositivo na Lei de Introdução às Normas do Direito (LINDB), por meio da Lei n. 13.655/2018.

É que, diferentemente de outros países que preveem textualmente a possibilidade de acordos entre Administração Pública e particular, o Brasil não dispunha de permissivo genérico no ordenamento jurídico. Isso trazia forte insegurança jurídica e receio quanto à adoção dos respectivos mecanismos consensuais. A Lei n. 13.655/2018 alterou a LINDB, acrescentando o aludido permissivo genérico por meio de seu artigo 26.

Não se nega que outras ferramentas, previstas na legislação de regência, são aptas a realizar, de algum modo, a lógica do consenso na Administração Pública. Ganha destaque, por exemplo, a Lei n. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

A questão é que a consensualidade não é ilimitada, pois encontra limites no ordenamento jurídico. Daí que o terceiro

capítulo encampa o desafio de entender os limites, alcance e possibilidades de uso do artigo 26 da LINDB. Assim é que se pretende demonstrar se e de que forma o dispositivo realiza a lógica da consensualidade na atividade administrativa. Aqui, essencialmente, está o ponto nevrálgico da pesquisa.

Destaca-se, desde já em nota introdutória, que defender a aplicação dos mecanismos consensuais não significa sugerir que a Administração Pública deva agir a bel prazer, perseguindo interesses egoísticos ou favorecendo pessoas ou segmentos específicos. O Estado existe por uma razão e a atividade administrativa deve, por corolário, pautar-se pela coletividade e não pelos interesses individuais de seus representantes ou de quem quer que seja. Essa ressalva foi, inclusive, deixada expressamente no artigo 26. Contudo, essa assertiva não deve resumir a atividade administrativa à via impositiva, como se outras formas fossem vedadas. Quer-se justamente demonstrar o contrário: os acordos consensuais não implicam na disponibilidade do interesse público, que continua sendo a pedra de toque da Administração Pública. Muda-se apenas a forma pela qual ele é perseguido.

A ideia é literalmente destrinchar o dispositivo, apontando seu sentido e seu âmbito de aplicação. Quer-se ir além da leitura superficial da norma, buscando responder algumas perguntas que podem sobrevir, principalmente tendo-se em vista que o legislador se valeu de termos e expressões bastante abertas e indeterminadas, por vezes de difícil compreensão à primeira vista. Isso tudo, ressalta-se, tendo ciência das limitações da pesquisa e sem pretender esgotar as reflexões teóricas sobre o tema.

Pretende-se, ao final, que, pelo trabalho, seja possível compreender, com o rigor científico necessário, o sentido da consensualidade, dentro de um contexto de mudança de postura da Administração Pública, bem como do artigo 26 da LINDB. Espera-se, com isso, estabelecer as conexões necessárias entre a consensualidade na Administração Pública e o dispositivo em comento.

Por oportuno, ressalta-se que a aprovação da presente Dissertação de Mestrado não representa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do PPGD/UFSC ao conjunto de ideias e considerações sobre as quais se fundamenta ou que nela são expostas.



## 2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA IMPERATIVA

Este primeiro momento da pesquisa tem por objetivo apresentar uma mudança na disciplina jurídico-administrativa. Numa síntese inicial, o Direito Administrativo é disciplina em evolução histórica, de modo que seus institutos estão em contínuo processo de revisitação para que possam se adaptar à realidade social de determinado tempo e espaço<sup>2</sup> e, nesse sentido, acompanhar o progresso civilizacional. Como consequência, muitos dos institutos clássicos que norteiam a atividade administrativa, esculpidos há séculos e até então tidos como rígidos, começam a “trocar de pele” e ganhar nova roupagem.

Neste capítulo pretende-se, pela via do resgate histórico do nascimento do Direito Administrativo e do estudo dos respectivos institutos de regência, analisar a mudança de postura da Administração Pública em relação ao particular. Especificamente, quer-se compreender a transição da imposição unilateral da vontade por meio das prerrogativas públicas para a adoção gradativa de soluções consensuais. Com isso, pode-se chegar ao terceiro capítulo com o arcabouço teórico necessário à compreensão da extensão do fenômeno consensual para que aí seja possível compreender o exato sentido do artigo 26 da LINDB. Objetivamente, quer-se destrinchar o dispositivo.

Ressalta-se que não é objetivo explorar aqui, de forma pormenorizada, todas as nuances relativas ao histórico do Direito Administrativo – estudo que certamente demandaria pesquisa acadêmica própria e extensa acerca de matéria – o que foge do escopo desta dissertação. O resgate histórico que se propõe busca, tão somente, munir o leitor e embasar esta pesquisa do essencial, no que se refere ao histórico do direito administrativo, para a compreensão do fenômeno da consensualidade e de suas as implicações no âmbito da atividade administrativa. O resgate

---

<sup>2</sup> Em 1845, Auguste Vivien já enunciava essa característica de adaptação e metamorfose, ao tratar da relação entre a Administração Pública e suas regras de regência. In: VIVIEN, Alexandre-François Auguste. **Études administratifs**. Paris: Guillaumin, 1845. p. 18. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k96835538.texteImage>. Acesso em: 08 abr. 2019.

torna-se necessário para possibilitar a compreensão, com o rigor científico necessário, acerca da linha evolutiva do fenômeno consensual.

Ao fim e ao cabo, o roteiro aqui proposto, dividido nos tópicos e subitens a seguir, debruçar-se-á sobre os fundamentos que levaram a Administração Pública e a disciplina jurídica que lhe dá amparo<sup>3</sup> a adotarem uma postura de verticalidade em relação ao particular e as consequências – muitas vezes turbulentas – desse modo de agir imperativo. Ao longo do capítulo serão introduzidos ao leitor os principais fenômenos, aos olhos do pesquisador, que influenciaram a Administração Pública a mudar de postura e que possibilitaram o que se denomina, desde já, de abertura à consensualidade<sup>4</sup>. Os pressupostos teóricos, as características e o panorama da consensualidade serão abordados, por sua vez, de forma mais detida no decorrer do segundo capítulo.

## 2.1 PRELÚDIO: O DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO

A expressão evolução, por si só, não permite definir com precisão o sentido que essa dissertação lhe pretende dar. Para isso,

---

<sup>3</sup> Como aponta Sabino Cassese, por vezes torna-se tarefa complexa separar o estudo do Direito Administrativo do estudo da Administração Pública, em razão de existirem diversos pontos de encontro. Prossegue o autor: “A conduta da Administração Pública influencia o direito que a sustenta: se aquela é policêntrica ou fragmentada, o direito terá características menos uniformes ou unitárias. Por outro lado, as normas são conhecidas através da interpretação, por meio de um raciocínio lógico, e a ciência – como muitas vezes já foi observado – reutiliza sempre uma parcela das aquisições anteriores dessa mesma ciência jurídica, cujas noções tradicionais, como as de ente público ou de concessão, fazem as vezes de seletores e de critérios ordenadores do novo material jurídico sobre o qual operam os juristas.” (CASESSE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d50652&pdiCntd=50652>. Acesso em: 22 jan. 2019.)

<sup>4</sup> A expressão “abertura à consensualidade” é de Alexandre Santos de Aragão. In: (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005.)

é importante, desde já, balizar as premissas semânticas do que se entende com o vocábulo, a fim de evitar interpretações outras que não a aqui pretendida.

O dicionário Michaelis da Língua Portuguesa conceitua evolução como a “**transformação lenta e progressiva de uma ideia, fato, ação**”<sup>5</sup>. Já o dicionário Aurélio a define como “**processo de transformação em que certas características ou elementos simples ou indistintos se tornam aos poucos mais complexos ou mais pronunciados; desenvolvimento**”<sup>6</sup>. O vocábulo evolução remete, portanto, a dois conceitos distintos: pode tratar tanto de um processo de aprimoramento, ou seja, de algo que se tornou melhor de um marco temporal A para um marco B, como pode pura e simplesmente apontar uma mutação, uma transformação no objeto evoluído, que não necessariamente se reveste de um sentido qualitativo – não se tornou melhor ou pior, apenas mudou, adaptou-se a uma nova realidade.

Expostos os diferentes significados, esclarece-se que o presente trabalho se alinha ao conceito de evolução no sentido de aprimoramento. Acredita-se que a razão precípua de existir da Administração Pública é facilitar a vida das pessoas e compor interesses, estabelecer o diálogo como mecanismo primeiro de atuação, o consenso, a construção da decisão com a participação popular e adoção de mecanismos cada vez mais consistentes de proteção às garantias individuais<sup>7</sup>. A Administração Pública deve

---

<sup>5</sup> MICHAELIS: dicionário escolar da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2008. p. 367.

<sup>6</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 7. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2009. p. 385.

<sup>7</sup> A postura da Administração Pública irradia seus efeitos sobre o direito que a rege. Nesse sentido, sobre a função do Direito Administrativo contemporâneo, anota Odete Medauar: “O administrativista contemporâneo tem consciência da diversificação e capilaridade das funções do Estado atual, realizadas, em grande parte, pela atuação da Administração pública. Por conseguinte, o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas. O direito administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança. A transformação sócio-política é propícia a mudança de conteúdo e de forma do direito administrativo para que se torne mais acessível nos seus enunciados, para

servir às pessoas e não o contrário. Daí que o sentido de evolução no Direito Administrativo é justamente o de superação de uma forma hierarquizada e impositiva de reger a atividade administrativa para a adoção, cada vez mais, de fórmulas horizontais e participativas<sup>8</sup>. Da superação de interpretações obsoletas a respeito de dogmas clássicos, que hoje já não mais encontram suporte, para a construção de um novo sentido das prerrogativas públicas, que se coadunem com a realidade social em transformação. Preza-se pela ideia de que “o administrativista não pode se tornar servo de fundamentos teóricos supostamente intangíveis que se formularam no século XIX e até os anos 70 do século XX e que se verifica não mais funcionarem nos dias atuais”<sup>9</sup>. Muitos desses institutos, inclusive, servem a parte da doutrina que defende a impossibilidade de adoção de mecanismos consensuais. De toda forma, este debate em torno dessa questão será reservado ao último capítulo.

Neste encaço, os institutos e as prerrogativas públicas devem amoldar seus sentidos de modo a satisfazer as necessidades da sociedade e contribuir para a construção de uma sociedade mais plural, dialógica, participativa e com o menor uso possível da força como mecanismo de satisfação dessas necessidades<sup>10</sup>.

Da mesma forma, é importante ter-se em mente que a evolução não é um processo instantâneo, que acarreta rupturas súbitas no sistema até então vigente. Trata-se de processo lento, gradativo e, por assim ser, no que se refere à comparação trazida no presente trabalho, a evolução do Direito Administrativo também se deu (e ainda se dá) de forma significativamente gradual.

Não é possível dizer com precisão, pelo menos do levantamento bibliográfico realizado para esta pesquisa, quando e

---

que traduza vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade, para que priorize o administrado, isolado ou em grupos, e não a autoridade. O enfoque evolutivo do direito administrativo significa, sobretudo, o intuito do seu aprimoramento como técnica do justo e, por isso, da paz social.” (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 387-388).

<sup>8</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 391.

<sup>9</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 413.

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 349.

de que maneira a consensualidade surgiu na Administração Pública. Assim, a tese de que se trata de um processo evolutivo – e não apenas um fenômeno recente e isolado – parece adequar-se à analogia. E é a partir dessa ideia (de transformação gradual) que o primeiro capítulo se desenvolve.

Especificamente em relação ao Direito Administrativo, a sua história e sua evolução “se desdobra em fases sucessivas em paralelo com o desenvolvimento político, econômico e social”<sup>11</sup> de determinada região. Ou seja, a disciplina jurídica que rege o direito do Estado acompanhou de perto e se adaptou às transformações sofridas nessas três searas referidas, cada qual com impactos diferentes<sup>12</sup> – inclusive, com uma celeridade notadamente superior aos outros ramos da ciência jurídica<sup>13</sup>. A tendência, imagina-se, é que as regras das relações entre pessoas privadas tendem a vigorar por mais tempo do que aquelas relacionadas à relação Administração-Administrado<sup>14</sup>. Nesse sentido, como anota Odete Medauar, “as mutações do Direito Administrativo obedecem a *necessidades*, que estão além das teorias e das doutrinas políticas e jurídicas que procuram explicá-las; trata-se, antes de tudo, de um *sistema de ordem*, destinado a *atender às necessidades práticas da época*”<sup>15</sup>.

O Direito Administrativo tal como se conhece hoje é fruto da evolução da humanidade, notadamente quanto ao

---

<sup>11</sup> TÓCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 27-34, out./dez. 1998.

<sup>12</sup> Por fugir do escopo da dissertação, não se pretende aqui analisar, de forma pormenorizada, os aspectos relacionados a essas três searas que influenciaram (política, econômica e social) o desenvolvimento do Direito Administrativo.

<sup>13</sup> CASESSE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d50652&pdiCntd=50652>. Acesso em: 22 jan. 2019.

<sup>14</sup> O pesquisador não vê com bons olhos o uso da expressão “administrado”. Apesar de comum na doutrina, o termo passa uma ideia subjacente de hierarquia na relação entre o Estado e o particular. De toda forma, a expressão, pela semântica clara, serve à ilustração da ideia.

<sup>15</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 238.

reconhecimento e proteção dos direitos humanos<sup>16</sup> e à tentativa de aprimorar e ampliar o alcance dos serviços públicos prestados à sociedade, no âmbito de cada Estado. Tal evolução tem como característica histórica o fato de ser “produto da tensão dialética entre a *lógica da autoridade* e a *lógica da liberdade*”<sup>17</sup> (binômio autoridade/liberdade), cujo efeito sensível prático dessa tensão tem resultado, com o passar dos anos e acentuado crescimento principalmente nas últimas décadas, no incremento da *vertente garantística* na Administração Pública. Tal guinada garantística é marcada essencialmente pelo aumento dos mecanismos de controle em face da Administração Pública<sup>18</sup>.

A evolução na atividade administrativa parece pautar-se preponderantemente na busca do reequilíbrio da relação entre Administração Pública e o particular, com a atenuação do caráter interrogatório do Direito Administrativo<sup>19</sup>.

Com efeito, o fenômeno da evolução do Direito Administrativo, que norteia esta primeira parte da pesquisa, espalhou seus efeitos pela revisitação de diversos institutos e a inserção de novos tópicos ao longo dos últimos anos. A título de exemplo, no Direito Administrativo brasileiro (mas não só nele; no panorama internacional esse movimento também se identificou), algumas matrizes conceituais clássicas, como interesse público, discricionariedade, ato administrativo, contrato administrativo, serviço público, concessão de serviço público e poder de polícia foram objeto de novos estudos com o objetivo de adequar seus respectivos sentidos à realidade e buscar superar algumas noções possivelmente “ultrapassadas”<sup>20</sup>. A respeito deste ponto, muito se tem falado na superação do que Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina “focos de atraso acumulados”, caracterizados pela (i)

---

<sup>16</sup> TUCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 27-34, out./dez. 1998.

<sup>17</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18.

<sup>18</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18.

<sup>19</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 91.

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

imperatividade ilimitada da Administração Pública; (ii) intangibilidade dos atos políticos da Administração Pública; (ii) insindicabilidade da discricionariedade administrativa; exclusão do particular das decisões; (iii) persistência de conceitos de razões de Estado e de supremacia do interesse público<sup>21</sup>.

A partir da década de 90, novos tópicos também foram incorporados, a exemplo das discussões sobre processo administrativo, participação popular e transparência na Administração Pública. Princípios também tomaram corpo e força tanto na aplicação prática do Direito Administrativo, como na reflexão acadêmica: eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, subsidiariedade e confiança legítima são exemplos (aliás, apesar de princípios como eficiência e razoabilidade sejam alicerces da consensualidade, como irá se abordar à frente a adoção sistemática e desvirtuada de tais princípios também trouxe problemas e riscos à segurança jurídica).

Pautas como privatização, deslegalização, regulação e agências reguladoras ganharam posição de destaque – coincidentemente na mesma época dos governos Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso, marcados por tais traços considerados por certos movimentos políticos como neoliberais<sup>22</sup>. Mais recentemente, a partir de 2003, viu-se a eclosão de pesquisas a respeito de pautas como políticas públicas, governança, Direito Administrativo global, boa Administração Pública, Direito Administrativo privado, governo eletrônico e, por fim, a

---

<sup>21</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 237.

<sup>22</sup> Esse movimento é exemplificado por Carlos Ari Sunfeld: “No campo da gestão financeira e de pessoa, durante o governo FHC (1995 a 2002), as autoridades formularam muitas críticas às regras vigentes, chamando-as de burocráticas e formalistas. Reformas foram feitas para torná-las mais leves: criou-se o *pregão* como modalidade de licitação, uma emenda constitucional (depois julgada inconstitucional por razões formais) autorizou a contratação de *servidores em regime trabalhista* na Administração direta e autarquias, outra diminuiu algo na rigidez da estabilidade do servidor estatutário, instituiu-se o modelo de *agências executivas* etc.”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo dos cliques x direito administrativo dos negócios*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 83.)

consensualidade – que é tema escolhido para ser enfrentado neste trabalho<sup>23</sup>.

A questão é, como bem sintetiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “que o Direito Administrativo não é mais aquele que as várias gerações de bacharéis, e até mesmo, muitos das mais recentes, aprenderam nos bancos universitários”<sup>24</sup>.

Para resumir esta nota introdutória, a consensualidade tem estrita relação com essa rota evolutiva demonstrada acima. Especialmente, como demonstrar-se-á ao longo desta pesquisa, os institutos consensuais foram aos poucos, com aplicação tímida, sendo implementados na prática do Direito Administrativo, caminhando para uma efetiva consolidação da lógica consensual pela via da positivação do permissivo genérico geral para adoção de acordos, através de recente alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

## 2.2 ATUAÇÃO IMPERATIVA E UNILATERALIDADE

A consensualidade trata, acima de tudo, de uma mudança de postura na forma de organização da estrutura administrativa, na própria atividade administrativa e na forma em que ela é executada. Não menos importante, também diz respeito à relação da Administração Pública com o particular.

Para que se possa entender o fenômeno da consensualidade é importante compreender a forma pela qual a Administração Pública se porta frente à Sociedade. A compreensão do que aqui se defende “mudança de postura” exige que este trabalho se detenha na análise do comportamento clássico da Administração Pública e suas principais características, bem como dos fatores que ensejaram essa mudança. Superado esse ponto, pode-se aprofundar

---

<sup>23</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto acrescenta ainda como temas em voga: consensualidade, contrastando a imperatividade; submissão da administração pública ao controle de todos seus atos, inclusive os políticos; a realidade e razoabilidade como mecanismos de controle da discricionariedade administrativa; a inclusão do administrado nos processos decisórios. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 237.

<sup>24</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 223.

os estudos no que ela está se tornando e as respectivas consequências do que aqui se denomina “nova postura”.

### 2.2.1 **As origens do traço imperativo na Administração Pública**

Como se adiantou acima, não é objetivo deste capítulo traçar todo o histórico do nascimento do Direito Administrativo, tampouco trazer os pormenores e as características de escolas clássicas de pensamento. Para os fins deste trabalho, importa compreender que a noção de hierarquização da Administração Pública em relação ao particular tem estreita conexão com o nascimento formal do Direito Administrativo moderno e a forma com que se consolidou através dos anos que se sucederam.

Por oportuno, ressalta-se que a lógica da autoridade é estudada principalmente considerando-se o berço do Direito Administrativo francês, seja pela riqueza bem como pela importância histórica por ter influenciado substancialmente outros sistemas jurídicos, tal como o brasileiro.

O resgate histórico mostra-se relevante pois a partir dele fica evidente o surgimento e a consolidação do Direito Administrativo como disciplina jurídica de legitimação da autoridade do Estado e de constante tensão entre interesses públicos e interesses privados. Daí justamente fundamenta-se a ideia de que nos dias de hoje tal dicotomia parece não mais fazer sentido dentro de uma lógica de Estado democrático de direito<sup>25</sup>.

Costumeiramente, o Direito Administrativo é estudado sob o viés do Estado, da exorbitância, onde uma das partes da relação

---

<sup>25</sup> Com o Estado de direito os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objeto de normas jurídicas como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do direito. A expressão Estado de direito pode levar a entender que a mera existência de uma Constituição e de um conjunto de normas, de conteúdo qualquer, permite qualificar um Estado como “de direito”. Na verdade, hoje, a concepção de Estado de direito liga-se a um contexto de valores e à ideia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social. (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 47).

está em condição de sobreposição à outra. Via de regra, portanto, prevalece a autoridade e a imposição de poder por meio de instrumentos especiais como mecanismos para assegurar a ordem e o interesse público. Por outro lado, no Direito Civil, justamente por estar-se diante de partes em condição de igualdade (pelo menos em tese, formalmente)<sup>26</sup>, o foco da disciplina costuma estar no indivíduo e não no Estado. Assim, no estudo do direito administrativo, geralmente veem-se duas esferas separadas, distintas e por vezes antagônicas. O direito privado (aqui sob a noção de direito entre indivíduos), de onde exurgem as bases consensuais e negociais, nesta lógica, seria exógeno ao Direito Administrativo e com ele não se deveria misturar.

A esse respeito, pela clareza das ideias, vale-se de citação dos escritos de Sabino Cassese sobre os traços marcantes que diferenciam os ramos:

A outorga à administração de poderes exorbitantes faz com que o direito administrativo seja um direito especial, diverso do direito privado, porque fundado sobre uma radical desigualdade, unilateral e singular. E conduzirá à busca de espécies diferentes de propriedade, contratos e responsabilidade, próprias deste direito e separadas do direito privado.

O direito administrativo abandona, assim, o domínio do direito privado, que, até então, lhe servira de padrão, constituindo-se em um sistema independente de regras e princípios, onde a contratualidade e o consenso eram limitados pela presença de um direito de maior peso. Formava-se, assim, a dicotomia direito administrativo/direito civil<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 22.

<sup>27</sup> CASESSE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d50652&pdiCntd=50652>. Acesso em: 22 jan. 2019.

No entanto, muito além de limitar o Direito Administrativo à lógica de bipolaridade e de exorbitância sobre a esfera do particular, deve-se compreender que se trata de matéria que estrutura toda e qualquer relação entre o Estado (em todas suas esferas) com o particular (pessoas físicas e jurídicas). Existem as relações que assumem o caráter de sujeição, de verticalidade, mas, também, paralelamente, as que assumem o viés de consenso e harmonização de interesses. Ademais, essa relação ainda é marcada pela interdependência, na medida em que o Estado necessita do particular para efetivação de suas atividades.<sup>28</sup> Não é possível, dentro dessa lógica, conceber o Estado sem o indivíduo.

De toda forma, para que se possa compreender o embate sobre a dicotomia entre autoridade e liberdade que, sob todas as luzes, é a finalidade deste primeiro ponto, é pertinente o resgate histórico – ainda que de forma bastante breve.

Não é possível afirmar que sempre existiu Direito Administrativo tal como se conhece hoje. Tão equivocado quanto seria afirmar que todas as formas politicamente organizadas em torno de um Estado dispunham de normas que se pudessem assemelhar à disciplina jurídico-administrativa. O fato é que, como já largamente difundido, o Direito Administrativo, como ramo

---

<sup>28</sup> O Estado, como pessoa jurídica de direito público, não prescinde dos privados para realizar seus objetivos. Trata-se de uma interdependência inescapável pois, para o cumprimento de suas funções, o poder público recorre permanentemente a relações jurídicas estatutárias (como se verifica com os agentes públicos ou políticos) ou contratuais (tomando-se aqui contratos em uma acepção ampla, a compreender os contratos de satisfação, de delegação ou de cooperação. Ou seja, inexistente função estatal que não envolva em alguma medida o concurso necessário dos particulares para ser efetivada. A separação entre o campo da Administração e o campo de atuação dos particulares é meramente teórica, diz com os limites e condicionantes ditados pelo direito. Cumpridas por agentes públicos ou políticos ou ainda por particulares mediante vínculo contratual – de satisfação (instrumentais), delegação ou colaboração (cooperação) –, as obrigações do Estado-Administração só podem ser efetivadas, portanto, com a participação de privados, pessoas físicas ou jurídicas. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 91).

autônomo, consolidou-se com o Estado de direito, no seio do Estado Moderno<sup>29</sup>, onde acredita-se ter havido a primeira e real preocupação em limitar os mecanismos de poder estatal por meio da lei<sup>30</sup>. Daí que se associa esta disciplina jurídica ao gérmen da legalidade e da separação de poderes de Montesquieu<sup>31-32</sup>.

Sob a ótica clássica e pela corrente mais difundida, o Direito Administrativo consiste tanto na submissão do poder aos limites do Estado de direito, como também à proteção concomitante dos direitos e liberdades individuais<sup>33</sup>. E isso dá-se principalmente pela via da submissão a regras gerais e abstratas promulgadas pelo Parlamento e pela possibilidade de questionar-se a legitimidade das decisões tomadas pela Administração Pública<sup>34</sup>. Atribui-se geralmente seu nascimento ao ato formal do advento da lei do 28 de *pluviose*, de 17 de fevereiro de 1800, que é considerada, por parte dos administrativistas, como o primeiro registro formal do nascimento do Direito Administrativo, ainda que a lei estivesse

---

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 22.

<sup>30</sup> Algumas das novidades trazidas pelo novo regime jurídico-administrativo: “a) formação de conjunto sistemático de preceitos obrigatórios para autoridades administrativas de todos os níveis, muitos dos quais limitativos de poder; b) reconhecimento de direitos de particulares ante a Administração, com previsão de remédios jurisdicionais; d) quanto à ciência, elaboração doutrinária abrangente de todos os aspectos legais da atividade administrativa; e) elaboração jurisprudencial vinculativa para a Administração e norteadora da construção de novos institutos jurídicos. (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 11).

<sup>31</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>32</sup> Nas palavras de Odete Medauar, seria “indubitável, assim, que o princípio da separação de poderes configura pressuposto da formação do direito administrativo”. (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 315).

<sup>33</sup> T□CITO, Caio. **Temas de direito público**, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 2.

<sup>34</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 99.

mais centrada e preocupada com a estrutura do Estado em si do que com as relações entre este e o indivíduo<sup>35</sup>. Nela, além de uma série diretrizes sobre organização administrativa e resolução de conflitos, há dois princípios basilares: a hierarquização e a centralização<sup>36</sup> dos poderes. Para o pensamento clássico, trata-se do marco legislativo que disciplina toda a burocracia do Estado e define as regras para a contenção do poder e submissão da Administração Pública ao Legislativo<sup>37</sup>.

Assim, desde a sua concepção, no berço da França revolucionária, o Direito Administrativo teria como função precípua e declarada atuar como espécie de garantidor contra a barbárie e o despotismo dos regimes absolutistas<sup>38</sup>. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

---

<sup>35</sup> No entanto, como elucida Floriano de Azevedo Marques Neto, “tal marco não pode servir que uma curiosidade histórica, pois, mesmo no direito francês, o desenvolvimento do direito administrativo vai ser impulsionado por princípios e institutos de construção doutrinária e jurisprudencial, a partir das decisões do Conselho de Estado” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 102).

<sup>36</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 3.

<sup>37</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 10.

<sup>38</sup> O Direito Administrativo nasce com o Estado de direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica. Antes disso, nas relações entre o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da Sociedade, então súditos – e não cidadãos –, vigoravam ideias que bem se sintetizam em certas máximas clássicas, de todos conhecidas, quais as de que *quod principi placuit leges habet vigorem*: “o que agrada ao príncipe tem vigor de lei”. Ou, ainda: “o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”, ou mesmo: “o rei não pode errar”. O advento do Estado de direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas, que eram juridicamente aceitas. Ao firmar a submissão do Estado, isto é, do Poder, ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim, o Direito Administrativo, este último veio trazer, em antítese ao período

O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão*<sup>39</sup>.

No entanto, há corrente que entende de forma diversa. Não há unanimidade na ideia de que o Direito Administrativo nasceu com propósitos garantistas e sob o pálio do Estado de direito, o que reforça a tensão aqui exposta da disciplina jurídico-administrativa como fruto e, ao mesmo tempo, fomentadora do binômio autoridade/liberdade. Sob uma visão talvez menos romântica, alguns dos principais defensores dessa segunda corrente de acordo com a bibliografia consultada para a pesquisa, que veem com ceticismo tal gênese garantística, são Massimo Severo Giannini,

---

histórico precedente – o do Estado de Polícia –, justamente a disciplina do Poder, sua contenção e a inauguração dos direitos dos, já agora, administrados – não mais súditos. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47).

<sup>39</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Vasco Pereira da Silva, Sabino Cassese e Gustavo Binbenbojm<sup>40</sup>.

Para ilustrar tal pensamento, destaca-se aqui a síntese da obra de Vasco Pereira da Silva. Segundo o autor lusitano, o contencioso administrativo – considerado o instituto precursor do Direito Administrativo – nasce na Revolução Francesa com o intuito de resguardar e efetivar os poderes públicos e não para assegurar direitos e liberdades aos particulares, ao contrário do que defende a primeira corrente aqui exposta. Há, no nascimento do Direito Administrativo, um pecado originário, consubstanciado pela confusão (denominada promiscuidade por Vasco) na separação de poderes, deturpando-se a teoria originária de Montesquieu<sup>41</sup>. A fim de legitimar o exercício pleno do poder e evitar seu controle pelo Judiciário (que sofria desconfiança das principais figuras revolucionárias<sup>42</sup>), criou-se um “juiz doméstico”, aparentemente vinculado à própria Administração Pública, cuja função era julgar a Administração. Somavam-se em uma só figura, portanto, as funções de julgar e de administrar, de modo que a Administração Pública, nesse cenário, julgava a si mesma. Trata-se do gérmen do Direito Administrativo, onde, a

---

<sup>40</sup> GIANNINI, Massimo Severo. **Corso di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1981; SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>41</sup> Aliás, segundo Paulo Otero, o Conselho de Estado criado pelo Estado francês deturpa toda a lógica da separação de poderes. Isto porque, se a teoria de Montesquieu preconizava que os juízes eram meros aplicadores da lei, o Conselho de Estado por sua posição de protagonista estaria extrapolando as margens do desenho da teoria da separação de poderes, justamente por ir muito além da mera aplicação mecanicista do comando legal. O Conselho de Estado criava o direito, substituindo o legislador. Esse ponto será novamente abordado nos parágrafos seguintes, mas a ressalva mostra-se desde já pertinente. Sobre o tema, ver: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2017. p. 269-270.

<sup>42</sup> Acreditava-se que os juízes estavam alinhados aos ideais do Antigo Regime, pré-revolucionário, e que, portanto, poderiam colocar em xeque a revolução recém deflagrada.

pretexto de se criar um estado forte e consolidado, houve, na verdade, uma fusão entre o judicial e o executivo<sup>43</sup>.

Nesse contexto, não havia, assevera Vasco Pereira da Silva, preocupação em efetivamente garantir liberdades e direitos aos particulares, apenas à Administração Pública. Vasco ilustra o argumento tratando da primeira decisão que consagra a autonomia do Direito Administrativo, explorando as razões do acórdão do polêmico caso Agnes Blanc<sup>44</sup>.

O caso trata de conflito de competência entre dois tribunais envolvendo o atropelamento de uma criança de 5 anos por um vagão vinculado ao serviço público francês. Em suas conclusões, o Tribunal de Conflitos entendeu que a disputa deveria ser julgada por um tribunal especializado por se tratar de serviço vinculado ao Estado e que a indenização não poderia ser regulada pelas normas de direito privado, motivo pelo qual, para que houvesse direito à indenização, deveria haver antes um estatuto de normas especiais regulando a responsabilidade da Administração Pública. Ou seja, o Direito Administrativo, como ramo autônomo, nasce justamente de um caso onde o resultado prático consiste na negação de direitos ao particular<sup>45</sup>. E a lógica, que acabou se evidenciando e consolidando em razão do comportamento reiterado do Conselho de Estado francês, era justamente a de diminuir, a um patamar mínimo, as “armas” que os particulares disporiam para fazer valer seus direitos em face da Administração Pública quando esta transgredisse a lei. Assim, em linha de síntese, a própria natureza da dualidade de jurisdição, típica do direito francês, acabou por distanciar o Direito Administrativo do Direito Comum e da função primordial de garantia de limitar e de limitação do poder. Tornam-

---

<sup>43</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 9-12.

<sup>44</sup> Também referenciado em: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, v. II. Revisão de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 381.

<sup>45</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 10-11.

se preponderantes os instrumentos de autoridade e a exorbitância do regime<sup>4647</sup>.

Claro que, enquanto de um lado a Administração Pública colocou-se em posição privilegiada, ela via-se obrigada, de outra mão, a garantir proteções mínimas aos direitos dos particulares, limitando, em certa medida, o grau de intervenção na esfera individual. Até porque, de acordo com a concepção liberal de Estado vigente à época, apesar de autoritária, a melhor Administração Pública seria aquela que agisse o menos possível. Nesse contexto, boa parte da doutrina administrativista liberal, como ressalta Maria João Estorninho, buscava criar um sistema mínimo de garantias do particular em relação às imposições autoritárias da atividade administrativa<sup>48</sup>.

Gustavo Binenbojm, a seu turno, acredita que associar o nascimento do Direito Administrativo ao surgimento do Estado de direito e ao princípio da separação de poderes configuraria erro histórico e “reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações”<sup>49</sup>. Para o autor, o Direito Administrativo não é intrínseco à garantia da liberdade e à limitação do poder pelo Direito. Em sentido oposto, trata-se, na verdade, apenas da mudança do *locus* do poder. Antes, acondicionado nas mãos do soberano absolutista, o poder agora passa a se concentrar nos institutos que nasciam de modo a perpetuar e a reproduzir o autoritarismo, a contrassenso de suas supostas funções autodeclaradas liberais e emancipatórias:

O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração,

---

<sup>46</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: JURKSAITIS, Guilherme Jardim; SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 371.

<sup>47</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 53-54.

<sup>48</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 90.

<sup>49</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11.

discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime do que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos<sup>50</sup>.

No mesmo sentido, completa Paulo Otero:

A ideia clássica de que a Revolução Francesa comportou a instauração do princípio da legalidade administrativa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento expressa através de lei, assenta num mito repetido por sucessivas gerações: a criação do direito administrativo pelo *Conseil d'État*, passando a Administração Pública a pautar-se por normas diferentes daquelas que regulavam a actividade jurídico-privada, não foi um produto da vontade da lei, antes se configura como uma intervenção decisória autovinculativa do executivo sob proposta do *Conseil d'État*<sup>51</sup>.

Sob essa lógica, consideravelmente menos romântica do que a tradicional, a separação de poderes teria sido apenas uma figura retórica para tornar a Administração Pública insuscetível ao controle judicial<sup>52</sup>. Segundo Paulo Otero, a invocação desse

---

<sup>50</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11.

<sup>51</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública:** o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2017. p. 271.

<sup>52</sup> É curioso notar como a separação de poderes serviu, contraditoriamente, a esse processo de *imunização* decisória dos órgãos do Poder Executivo. O mesmo princípio que justificara a criação do

princípio visava garantir um alargamento da “liberdade decisória” da Administração Pública e proteger sua atividade contra eventual controle judicial e dos particulares<sup>53</sup>.

Como consequência, ao invés de garantir direitos, estava-se diminuindo as possibilidades de o indivíduo (e dos outros poderes) exercerem controle sobre a atividade administrativa<sup>54</sup>. Com efeito, a não submissão ao controle pela jurisdição comum foi a forma encontrada para a Administração Pública afirmar sua autoridade e, ao invés de submeter-se à vontade do Parlamento, ela buscou, na verdade, desvincular-se da vontade do legislador<sup>55</sup>. Isso fica bastante claro na medida em que as decisões sobre questões envolvendo o Direito Administrativo na França cabiam, em última instância, ao próprio Conselho de Estado – contencioso administrativo especial (vinculado, portanto, ao Executivo) e apartado da jurisdição comum. Ademais, esse direito especial não foi criado por norma emanada do Parlamento, mas por vontade do próprio Executivo de autovincular-se<sup>56</sup>.

---

contencioso administrativo, intestino ao Executivo, será invocado para impedir que os órgãos de controle exerçam sobre os outros órgãos da Administração Pública poderes de injunção e substituição, em princípio legítimos e até naturais entre órgãos da mesma estrutura de Poder. Em outras palavras, criou-se no interior da Administração um contencioso que não oferecia ao administrado as mesmas garantias processuais dos tribunais judiciais, mas, estranhamente, estava sujeito aos mesmos limites externos de atuação, como se tratasse do próprio Poder Judiciário. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14).

<sup>53</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2017. p. 275.

<sup>54</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

<sup>55</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. 10.

<sup>56</sup> Ao contrário da tendência de codificação do direito, o Direito Administrativo francês caracterizou-se principalmente pelo traço de um direito jurisprudencial a partir das decisões do Conselho de Estado. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12).

O mesmo ocorreu em relação ao Legislativo, porque prevalecia no Direito Administrativo francês, por exemplo, a ideia de que as regras atinentes à atividade administrativa deveriam ser disciplinadas por meio de regulamentos, cabendo ao legislador apenas tratar de impostos e leis civis gerais<sup>57</sup>. Essa tese ganhou força na tentativa de desvincular ainda mais a Administração Pública, além do controle judicial, também do Poder Legislativo<sup>58</sup>.

A tese é repisada por Alexandre-François Auguste Vivien, cuja obra de 1845 merece destaque pelo valor histórico, para quem a própria Administração, regulando e julgando a si, buscou uma forma de prevenir-se ao controle judicial. Anota o autor que

□. □os agentes da administração não podem ser julgados sem sua autorização; a ela tão somente cabe conhecer de seus atos e está autorizada de privar os tribunais de conhecerem, por meio dos conflitos □ submetidos aos Tribunal de Conflitos Francês, que, ainda hoje, decidem se o litígio será julgado pela via judicial ou administrativa □ as disputas nas quais

---

<sup>57</sup> No original □ *L'autorité judiciaire est naturellement appelée à punir ces délits comme tous les autres; elle peut, sans inconvénient, intervenir indirectement dans les affaires administratives. Toute sa tâche se borne aussi à lire un article de loi et à en constater l'exécution. Elle ne saurait en aucun cas gêner une administration, dont les moindres devoirs sont dictés à l'avance par une loi formelle, obligatoire pour tous, pour le juge aussi bien que pour l'administrateur. Il n'en est pas de même quand la loi, comme en France, se contente de promulguer quelques principes fondamentaux, et laisse au pouvoir administratif une latitude étendue pour en suivre l'exécution.* In: VIVIEN, Alexandre-François Auguste. **Études administratifs**. Paris: Guillaumin, 1845. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k96835538.texteImage>. Acesso em: 08 abr. 2019. (tradução nossa)

<sup>58</sup> CASESSE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d50652&pdiCntd=50652>. Acesso em: 22 jan. 2019.

os interesses da Administração estejam envolvidos<sup>59</sup>.

Nesse ponto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto traz interessante análise no sentido de que, enquanto o Legislativo e o Judiciário tornaram-se, por influência das tradições inglesa e estadunidense, respectivamente, convictos porta-bandeiras das ideias liberais e, diante disso, consolidaram-se como poderes emancipatórios e efetivadores das liberdades individuais, o Executivo não seguiu o mesmo norte<sup>60</sup>. Apesar da interação mais próxima com a sociedade justamente por ser a executora primária das políticas públicas, a evolução da Administração Pública reforçou, a contrário senso, seu viés de imperatividade e de exclusão dos particulares do seio da tomada de decisões públicas<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> No original: *En conséquence, les agents de l'administration ne peuvent être mis en jugement sans une autorisation de sa part; seule elle peut connaître de ses actes enfin elle est autorisée à dessaisir péremptoirement les tribunaux, par la voie des conflits, des litiges dans lesquels les intérêts administratifs seraient impliqués.* In: VIVIEN, Alexandre-François Auguste. **Études administratifs**. Paris: Guillaumin, 1845. p. 23. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k96835538.texteImage>. Acesso em: 08 abril 2019. (tradução nossa)

<sup>60</sup> No mesmo sentido, Vasco Pereira da Silva pontua que, enquanto na Inglaterra, os poderes trabalhavam harmonicamente com a ideia de separação, de modo que a Administração Pública submetia-se, sem maiores problemas, ao controle dos Tribunais e ao “direito comum”, França e os demais países continentais adaptaram o sentido de separação de poderes de modo a evitar o controle da Administração Pública ao juízo comum. (SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 16).

<sup>61</sup> Aduz o autor: Estranhamente, porém, o *Poder Executivo*, sede da Administração Pública, a cargo da mais generalizada, intensa e próxima interação entre o Estado e a sociedade, não apresentou qualquer destaque significativo nessa mesma linha de efetiva absorção dos princípios liberais. Ao contrário sua evolução seguiu uma principiologia oposta, dando ênfase a institutos que reforçavam o *poder de império* do Estado, como a sua *atuação discricionária*, a *exclusão do administrado* na formação do processo decisório, a *executoriedade* e a *autotutela*. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 9).

Essa “distância”, segundo o autor, foi mantida não só em relação aos particulares, como também em relação aos outros poderes (Legislativo e Judiciário) – o que fica ainda mais evidente em razão da criação de um contencioso administrativo todo próprio e especial, como asseverado acima<sup>62</sup>.

É digno de nota que esse traço foi sentido especialmente nos regimes administrativos de países com tradição romano-germânica. Gustavo Binjenbojm assevera que, enquanto nos países de tradição anglo-saxônica era comum que a Administração Pública e os particulares estivessem submetidos, em geral, às mesmas leis e juízes e sem tratamentos privilegiados, a tradição romano-germânica foi marcada por um direito especial, que realocava a Administração Pública para posição privilegiada sob a lógica de que a ela caberia a consecução do interesse público<sup>63</sup>.

Nesse sentido, Vasco Pereira da Silva anota que nos países onde a Administração Pública era submetida ao direito comum e, portanto, gozava das mesmas prerrogativas, obrigações e direitos que os particulares, o caráter autoritário era sensivelmente atenuado. Por outro lado, os países de contencioso administrativo apartado detinham os traços mais autoritários em suas veias, por gozarem “de um direito especial, com direitos, poderes e capacidades diferentes dos privados”<sup>64</sup>.

Em tom de fechamento do tópico, o fato é que o nascimento da Administração Pública moderna e da respectiva disciplina

---

<sup>62</sup> O próprio Conselho de Estado desenvolveu sua jurisprudência no sentido de restringir o controle de certos atos, a exemplo dos “*actes de gouvernement*” e os atos de “*pure administration*”. No mesmo sentido, restringiu sensivelmente a recorribilidade de atos administrativos e legitimidade ativa. Isso, segundo Paulo Otero, é nota de que o contencioso administrativo teve como pedra de toque o objetivo de cercear as possibilidades de os administrados de litigar contra a Administração Pública e de restringir as garantias processuais típicas dos litígios de direito privado. (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2017. p. 276).

<sup>63</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 16.

<sup>64</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 63.

jurídica de regência demonstra, na essência, o surgimento de um viés autoritário no que toca ao relacionamento com o particular. Essa base autoritária perpetuou-se também ao longo de toda a consolidação do direito administrativo – por vezes mais atenuada e por outras nem tanto –, de cuja análise encarregar-se-ão os próximos parágrafos.

De toda forma, o viés autoritário do Direito Administrativo não se explica somente na sua herança histórica do Antigo Regime (*Ancien Régime*), como se tivesse sido integralmente influenciado pelo paradigma do regime absolutista. Em verdade, como assevera Floriano de Azevedo Marques Neto, outros fatores contribuíram para que o viés autoritário prevalecesse sobre o de garantidor na consolidação da disciplina jurídico-administrativa. Em primeiro lugar, França, antes dos movimentos revolucionários, já contava com estruturas administrativas bastante híidas e evoluídas, fruto da consolidação e centralização do poder absolutista. Tal estrutura, somada à necessidade de reunificação do território francês em um governo centralizado – processo que desencadeou diversas guerras – tornou essencial a existência “de uma estrutura administrativa forte, eficiente, coesa e não muito submetida a limites e controles que empecessem o pleno exercício de suas funções”<sup>65</sup>.

Logo, não só o Estado Absolutista foi responsável pela face autoritária do Direito Administrativo, como o próprio desenvolvimento do Estado Moderno. A efetivação das garantias e liberdades individuais, suposto projeto originário da revolução, cede lugar à necessidade de manutenção da ordem e de resistência à devassa das guerras que assolavam o “recém-nascido” Estado Francês. Prevalece, portanto, o viés estrutural (*ex pars principe*) sobre o viés da função (*ex pars populi*). A esse respeito, são as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

E, embora seja apresentado como ramo do direito que surge da necessidade de contenção, limitação e subordinação do poder político à lei e ao respeito desta, é fato que o direito administrativo, no seu

---

<sup>65</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 100.

itinerário de afirmação baseado no paradigma bipolar, vai se distanciando deste prima e vai passando a se assentar muito mais na ideia de efetivação do poder. Premido pelos dois polos, o direito administrativo irá se transformar de um direito que se pretendia assecuratório da liberdade, garantidor do indivíduo em face do poder em um direito da exorbitância, um direito de efetivação da autoridade. Isso em grande parte pela necessidade de se afirmar como conteúdo e como método frente a outros ramos, em especial ao direito comum<sup>66</sup>.

Ressalta-se que a consolidação do Direito Administrativo como ramo autônomo não significará necessariamente que os instrumentos de poder dos antigos regimes serão integralmente deixados de lado, tampouco que sua perspectiva liberal e garantística será totalmente escamoteada pelo viés autoritário<sup>67</sup>. No entanto, embora assumam-se como disciplina garantidora das liberdades individuais, o Direito Administrativo precisou

---

<sup>66</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 93.

<sup>67</sup> Dignos de nota os comentários de Paulo Otero sobre a ilusão de um direito administrativo de gênese garantista: “foi-se desenvolvendo uma visão garantística de um Direito que ‘nasce quando o Poder aceita submeter-se ao Direito’, representando um milagre cada dia renovado, e chegando a afirmar-se que o ‘Direito Administrativo não é o Direito da Administração mas o Direito contra a Administração’. Todavia, a criação de uma jurisdição administrativa própria, subtraindo a resolução dos litígios jurídico-administrativos aos tribunais comuns, apesar de alicerçada na ideia de que ‘julgar a Administração ainda é administrar’, não teve qualquer intuito garantístico, antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais, pretendendo impedir que o espírito de hostilidade reinante nesses últimos contra a Revolução limitasse a liberdade de ação das autoridades administrativas revolucionárias. In: OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

estruturar-se de modo a garantir sua sobrevivência como regime jurídico autônomo e tornar possível e efetiva a atividade administrativa. Justamente por esse motivo, somado à experiência histórica herdada do Antigo Regime, é que a balança pendera para o viés de autoridade, efetivação do poder e de estruturação das prerrogativas públicas<sup>68</sup>, deixando para o segundo plano (mas não excluindo) a posição precípua de garantidor da liberdade e da proteção dos direitos individuais. Desta forma, ainda que se possa admitir que o Direito Administrativo se propôs a proteger o cidadão, a Administração Pública reuniu em torno de si uma série de regras especiais que deslocaram seu eixo de atuação para a efetivação de poder, quase que como num ímpeto de sobrevivência<sup>69</sup>.

É de se concluir – por uma visão mais ampla e geral do que se expôs acima – que o fato de munir a Administração Pública de um “direito especial” naturalmente contrapõe a lógica de harmonização, generalidade e igualdade preconizada pelo viés e pelos propósitos revolucionários da Revolução Francesa, mas na prática foi esse cenário que acabou se consolidando. Fica a impressão de que os princípios basilares que deflagraram o processo revolucionário e que “gestaram” o Direito Administrativo francês foram esquecidos, “traídos” por assim dizer – ou, até mesmo, jamais aplicados. Neste ponto, parece ficar clara a assertiva de que se tratou de ostensiva figura retórica.

Já em tom de abertura do próximo tópico, ressalta-se que o viés autoritário na Administração Pública também encontrou, nesse processo inicial de consolidação, uma espécie de “arma” que lhe conferiu a legitimidade para impor o ritmo da atividade administrativa, denominada “*puissance publique*”.

---

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. A&C. **Revista de Direito Administrativo Constitucional** (Impresso), v. 32, p. 31-50, 2008. p. 31.

<sup>69</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 104.

### 2.2.2 A herança preponderante da escola da *puissance publique* como fundamento para um uso imperativo das prerrogativas públicas no direito brasileiro

A imperatividade, que ainda hoje marca a atuação administrativa, encontra fundamento, em larga medida, também pela escola da *puissance publique*. Maurice Hauriou, principal expoente desta corrente, desenha a base teórica do que hoje se entende por prerrogativas públicas, cujas principais características são (i) a exorbitância e a instrumentalidade, (ii) bem como o forte intervencionismo do Estado no aspecto econômico<sup>70</sup>. Sem pretender esgotar a riqueza teórica do tema, o resgate, ainda que sucinto, é pertinente uma vez que a escola de pensamento em questão teve papel de suma importância para a construção e consolidação do pensamento clássico do direito administrativo a respeito das prerrogativas públicas, e apresenta forte influência até os dias de hoje no regime jurídico administrativo brasileiro.

Para Maurice Hauriou, o regime administrativo é caracterizado por um conjunto especial de regras, consubstanciadas pela centralidade do poder em um único órgão (Poder Executivo centralizado) e pela natureza executiva do poder conferido à Administração Pública. Daí decorrem, junto ao cenário histórico, as bases que justificam as prerrogativas exorbitantes, a hierarquia interna da Administração Pública e o contencioso especial apartado do Judiciário, na linha do que se expôs anteriormente. O autor acreditava que a centralização do poder de coação estatal seria a forma de consolidar o uso da força pelo Estado num cenário de poderes espalhados e fragmentados.

A *puissance publique*, em síntese, portanto, consiste justamente nessa potestade reunida nas mãos de uma Administração Pública centralizada para exercer o poder de tutela e a busca da satisfação de um denominado “interesse geral”<sup>71</sup>, bem como o “poder de constituir unilateralmente os cidadãos em obrigações e impor servidões excepcionais à propriedade

---

<sup>70</sup> HAURIUO, Maurice. **Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif**. 2. ed. Paris: L. Larose et Forcel, 1892. p. 419.

<sup>71</sup> HAURIUO, Maurice. *Le droit public*. 2. ed. Paris : L. Tenin, 1916.

privada<sup>72</sup>. É o meio pelo qual o interesse geral é perseguido, e o motivo pelo qual tornou-se protagonista no Direito Administrativo que emergia e buscava terreno para consolidação em contraposição ao Direito Comum. Como anota Juliana Bonacorsi de Palma<sup>73</sup>, repisando os escritos de Maurice Hauriou, daí surgem as primeiras concepções a respeito da superioridade da Administração Pública em relação ao particular e a noção de verticalidade nas relações travadas. Nesta esteira:

A Administração Central se situaria em posição de superioridade em face dos administrados, com os quais estabeleceria relações marcadamente verticalizadas. A *puissance publique* assinala, assim, a desigualdade das relações administrativas, em que a Administração Pública se posicionaria acima dos administrados, por deter direitos de *puissance publique*<sup>74</sup>.

No mesmo sentido, a escola marca a separação entre o Direito Administrativo e o Direito Comum, na medida em que à Administração Pública seria defeso e até desnecessário utilizar-se dos recursos do direito privado já que disporia dos poderes conferidos pela *puissance publique*<sup>75</sup>.

Inegável que, sob forte influência deste marco teórico, da herança histórica do Antigo Regime e das nuances do Estado Moderno em consolidação, o Direito Administrativo torna-se praticamente sinônimo de direito de exorbitância caracterizado por dois sentidos: (i) tanto por regras especiais que derogam o direito comum (privado), (ii) como de prerrogativas que colocam o interesse público acima do direito dos indivíduos<sup>76</sup>. E é justamente

<sup>72</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 47.

<sup>73</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 47-48.

<sup>74</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50.

<sup>75</sup> HAURIUO, Maurice. **Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif**. 2. ed. Paris: L. Larose et Forcel, 1892. p. 423.

<sup>76</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de;

nesse terreno que se erige toda a base para a concepção de que os interesses privados cedem ao interesse público, e de que há uma relação de sujeição do particular à Administração Pública.

Léon Duguit, em contraposição à patente força teórica da *puissance publique*, dedicou escritos à defesa da escola do serviço público, outro marco importante para uma visão diferente do Direito Administrativo. Com viés destacado nos fins do regime jurídico-administrativo e não nos meios, o autor nega a noção de um poder legitimado pelas prerrogativas públicas como fundamento de agir da Administração Pública. Segundo ele, o verdadeiro fundamento do direito administrativo é a noção de serviço público, que é a prestação de comodidades das mais diversas à sociedade. O regime especial de direito público é fundado não no poder em si próprio, mas na necessidade da boa consecução das funções que foram outorgadas à Administração Pública. Ou seja, ela é munida de “poderes especiais” para que possa melhor perseguir o interesse público, e não pura e simplesmente por sua posição em relação ao particular. Daí que, nesses moldes, as relações entre Administração Pública e particular são vistas sob aspecto outro que não preponderantemente sob o prisma da desigualdade<sup>77</sup>.

Sucedem que a concepção proposta por Maurice Hauriou com a noção de *puissance publique*, exteriorizada por meio das prerrogativas públicas, teve forte influência sobre os países de base da *civil law*<sup>78</sup>, a exemplo do Direito Administrativo brasileiro – que é, ao final das contas, o regime jurídico foco do presente trabalho. Em que pese a rica discussão teórica entre as duas escolas e influência de ambas sobre os regimes jurídicos da Europa

---

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 107.

<sup>77</sup> DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: A. Colin, 1913. p. 7. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q/fl.vertical.r=impérialiste>. Acesso em: 6 abr. 2019.

<sup>78</sup> Juliana de Bonacorsi de Palma anota que tal vertente autoritária é característica do direito administrativo da Europa Continental, que encontra, em uma das razões, a necessidade de garantir a reunificação de seus respectivos Estados. Daí a influência da escola da *puissance publique*. In: PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 52.

continental, Marçal Justen Filho destaca que acabou prevalecendo, como principal paradigma do Direito Administrativo brasileiro, a influência da *puissance publique*:

A organização do aparato administrativo do Estado se modela pelas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. Mais do que isso, predomina a influência do pensamento de Hauriou muito mais intensamente do que a visão de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado às concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo<sup>79</sup>.

A característica principal das prerrogativas públicas, que é, sem dúvidas, a principal arma posta a serviço da imperatividade, reside na imposição de vontade da Administração Pública aos particulares sem a necessidade de uma relação prévia entre as partes. Ou seja, diferentemente da lógica do direito privado, onde o consenso age como mecanismo primeiro, pelas prerrogativas públicas e com azo na imperatividade, a Administração Pública trava relações na grande parte das vezes em posição de vantagem e com a real possibilidade de agravamento da esfera de direitos do particular sem sua aquiescência e sem mecanismos de defesa, salvo

---

<sup>79</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=57927>. Acesso em: 09 abr. 2019.

o controle judicial – controle esse que, no direito administrativo originário, era bastante restrito.

Segundo Juliana Bonacorsi de Palma, a prerrogativa imperativa traz como consequência a unilateralidade da atividade administrativa, justamente por não prescindir da anuência do particular. É poder conferido exclusivamente à Administração Pública e que em nada se aproximada da noção de acordo – podendo-se afirmar, inclusive, tratar-se de termos antagônicos. Afirma a autora que a unilateralidade é intrínseca à prerrogativa imperativa, de modo que uma decisão amparada no exercício da imperatividade não guarda relação com uma lógica de ação concertada. “Há patente contraposição entre acordos bilaterais, isto é, entre o provimento administrativo cujo conteúdo discricionário resulta da convergência de interesses entre Administração e administrado, e as decisões unilateralmente determinadas pela esfera administrativas”<sup>80</sup>.

Como consequência, pelos motivos elencados anteriormente, denota-se um Direito Administrativo refletor de uma visão autoritária nas diversas relações travadas entre o Estado e o indivíduo, o que é consubstanciado de maneira mais forte, segundo Marçal Justen Filho, no princípio da supremacia do interesse público, que “incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações da sociedade”<sup>81</sup>.

### **2.2.3 A influência da matriz autoritária no Direito Administrativo brasileiro contemporâneo: contrassenso à evolução histórica**

Repisa-se que a história do Direito Administrativo é, como destaca Maria João Estorninho, inseparável da história do próprio Estado. Isto porque “o modelo de Estado adoptado em certo momento e em certo local determina, desde logo, as funções que

---

<sup>80</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 75.

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=57927>. Acesso em: 09 abr. 2019.

incumbem à respectiva Administração Pública”<sup>82</sup>. Daí que se destaca novamente a preocupação desta pesquisa com o resgate histórico para fundamentar a premissa de que existe uma Administração Pública autoritária. Compreender o fenômeno da consensualidade exige tal esforço de antessala. De toda forma, esclarece-se que as considerações sobre a passagem entre os modelos de Estado serão breves, com recorte na análise do binômio imperatividade/consensualidade, de modo a não desvirtuar o foco da presente pesquisa e chegar, com mais brevidade, ao tema central da dissertação.

Como visto, no Estado Liberal a Administração Pública foi concebida como hierarquizada e centralizada, o que remete, em certo ponto, à figura central do Leviatã proposta por Thomas Hobbes<sup>83</sup>. Assumiu, em sua atividade, o tom de “agressividade”, de *imperium*, que dita e executa unilateralmente os atos administrativos<sup>84</sup>, agindo, neste primeiro momento, de forma pontual, bastante fechada. Esse era o relacionamento com o particular, visto de cima, em posição vertical. Nessa esteira, o direito administrativo foi inicialmente desenhado como detentor de prerrogativas especiais. Viu-se que a concepção inicial da Administração Pública impedia a concepção de acordos com os particulares.

---

<sup>82</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 17.

<sup>83</sup> Para Thomas Hobbes, enquanto não houver um poder comum capaz de manter todos os homens em paz, haverá guerra de todos contra todos. O homem, através de um contrato (contrato social), autoriza e desiste do direito de governar a si mesmo, com a condição de que o outro também o faça. Assim surge o Leviatã: abaixo do Deus imortal, há o grande Deus mortal, ao qual todos estão completamente submetidos e a quem se deve a paz e a defesa. O Leviatã é, portanto, o Estado Soberano, ao passo que todos os demais são súditos. (HOBBS, Thomas. **Leviathan**. 10. ed. The Online Library of Liberty. Ebook. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/Hobbes□Leviathan□1909.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2019. Sobre o Estado idealizado por Hobbes, ver: MARTINS NETO, João dos Passos. **Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes**. Florianópolis: OAB-SC, 1999.

<sup>84</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 36-37.

O Estado Liberal, portanto, foi o berço das prerrogativas públicas e a base para a consolidação futura do Direito Administrativo como ramo autônomo, por meio da criação de um contencioso especial e apartado da jurisdição comum. A postura da Administração Pública era, essencialmente, de não intervenção nos aspectos culturais, sociais e econômicos, mas, ainda assim, preocupada com sua consolidação – motivo pelo qual assume o caráter autoritário e imperativo.

O Direito Administrativo do Estado Liberal teve a função precípua de, ao mesmo tempo, munir a Administração Pública dos atributos necessários à sua consolidação e, de outra mão, prever instrumentos mínimos de liberdade e de garantia aos particulares frente ao Estado<sup>85</sup>. À guisa de exemplo, com a consolidação dos atos administrativos como outra “arma” para imposição de vontade da Administração Pública, munuiu-se os particulares, como forma de contrapeso<sup>86</sup>, como destaca Pedro de Menezes Niebuhr, com os primeiros mecanismos de impugnação às manifestações decorrentes da atividade administrativa – cujos conceitos básicos serviriam de legado ao direito administrativo contemporâneo<sup>87</sup>.

Não se descarta do fato de que o Direito Administrativo acabou evoluindo, através das décadas, e especialmente no curso do século XX, para adotar, cada vez mais, uma postura de preocupação com as garantias dos particulares e a efetivação de seus respectivos direitos. De toda forma, o que se pretende mostrar

---

<sup>85</sup> Vasco Pereira da Silva pontua que ao mesmo tempo em que a Administração Pública se colocou numa posição privilegiada, ela via-se, de outra mão, obrigada a garantir a proteção aos direitos dos particulares, limitando, de certa forma, num movimento contraditório, a si mesma. (SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2009. p. 55).

<sup>86</sup> “[O] conceito de acto administrativo serve primeiro como garantia da Administração, e passa a servir depois como garantia dos particulares. Intimamente ligado à evolução do contencioso, o acto administrativo começou por ser uma forma da Administração se eximir do controlo judicial, para passar a fazer jogo duplo, servindo simultaneamente de garantia da Administração e dos particulares, o que corresponde à lógica da noção liberal de Estado.” (SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2016).

<sup>87</sup> NIEBUHR, Pedro. **Processo administrativo ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 63-64.

com o presente resgate histórico é que o nascimento desta disciplina jurídica e deste modelo de Administração Pública foi marcado por traços bastante fortes de exceção ao Direito Comum, de unilateralidade e autoridade. Essa evolução conturbada evidencia, em certa medida, o que Paulo Otero denominou como o “desenvolvimento contraditório do Direito Administrativo”. O autor elucida que ainda que num primeiro momento o Direito Administrativo tenha demonstrado pouca ou nenhuma preocupação com as garantias fundamentais dos particulares, assumindo os ares de desigualdade e parcialidade, “a história da evolução do Direito Administrativo pode bem ser resumida na crescente importância dos direitos subjectivos e dos interesses legítimos dos particulares na limitação da actividade administrativa e no controlo contencioso das decisões administrativas”<sup>88</sup>.

Já no Estado Social (final do século XIX até meados do século XX), segundo Vasco Pereira da Silva, a Administração Pública também assume a forma de organização “multifacetada” e “descentrada”. Isso se dá em razão de seu crescimento, tanto em tamanho, como em grau de complexidade – o que lhe foi demandado para que pudesse responder às novas tarefas que lhe foram atribuídas. Substituiu-se a posição unificada e hierarquizada por uma figura mais “descentralizada e desconcentrada”, o que implica em posturas menos hierárquicas e mais flexíveis. Acredita-se, inclusive, não se dever falar mais em uma única Administração, mas em várias administrações à medida que se opera a descentralização do Estado e sua interpenetração com a sociedade<sup>89</sup>.

A Administração Pública assume a natureza de “prestadora, ou Administração-Gerencial”, buscando travar relações jurídicas duradouras com os particulares e entre as próprias entidades administrativas<sup>90</sup>. Com o advento do Estado Social, a relação entre

---

<sup>88</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 1. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2017. p. 282.

<sup>89</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 74-77.

<sup>90</sup> O Estado Social, por sua vez, empurrado pela necessidade de satisfação das necessidades sociais, teve de ampliar a relação entre a Administração

a Administração e o particular deixa de ser “pontual e conflituosa” para tornar-se gradativamente “permanente e de colaboração”, substituindo em certa medida a unilateralidade pela bilateralidade. Ela é encarregada, agora, da persecução de novas funções estatais, consistentes na prestação de bens e serviços aos particulares<sup>91</sup>.

Esse modelo exige uma Administração Pública cuja atividade seja mais eficaz, dinâmica, autônoma e, ao mesmo tempo, mais passível de ser controlada em relação ao Estado Liberal. Isto porque, com o incremento das tarefas administrativas, o risco de intromissão e atingimento da esfera dos particulares torna-se bastante concreto. Demanda-se, portanto, maiores mecanismos de controle para a garantia do particular<sup>92</sup>.

Da mesma forma, em razão das diversas relações jurídicas, dos mais variados tipos, travadas com o particular, a Administração Pública vê-se obrigada a alçá-lo à condição de verdadeiro sujeito de direitos – oponíveis à própria Administração. O particular torna-se, portanto, ao invés de súdito ou mero objeto de ordem jurídica, sujeito ativo da relação e colaborador na consecução dos fins do Estado. Com efeito, “para além dos direitos fundamentais e dos direitos das relações jurídico-privadas, vai assistir-se à generalização do tratamento dos particulares como sujeitos de direitos, a quem são reconhecidas posições substantivas de vantagem”<sup>93</sup>.

Em razão das mais variadas tarefas que o Estado passa a desempenhar, a Administração Pública começa a se valer de outras formas de atuação, tanto bilaterais como unilaterais, e não somente

---

e o particular. Como ressalta Maria João Estorninho, “a dependência do cidadão em relação à Administração Pública passa a ser [mais intensa, mais duradoura e mais ampla], de tal forma que, ao contrário do que se passava no sistema liberal, deixa de ser possível conceber o Estado e Sociedade como autónomos entre si e dotados de ordenamentos jurídicos antagónicos e distintos”. (ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 39).

<sup>91</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 74.

<sup>92</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 39.

<sup>93</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 74.

do ato administrativo. Surgem as figuras dos regulamentos, contratos, convênios, e até figuras atípicas, com características de direito privado. E, por encampar mais funções, passa a utilizar-se com frequência do meio de atuação precípua do direito privado, que é o contrato. Conquanto a figura contratual tenha sido ofuscada pela separação bem delineada entre direito público e direito privado, o alargamento das funções do estado, em meados do século XIX, vai determinar, conseqüentemente, uma nova vitalidade à teoria dos contratos da Administração Pública – antes apenas atrelados à ideia da exorbitância<sup>94</sup>.

O ato administrativo perde a preponderância e cede espaço para outras formas de agir, das mais variadas. Além dos mecanismos unilaterais já usuais de imposição de vontade, a Administração passa a dispor dos mecanismos bilaterais mencionados acima, que conferem maior leque de atuação – de modo que o ato administrativo se torna apenas uma entre inúmeras formas diferentes de atuação<sup>95</sup>. Da mesma forma, antes de postura agressiva, o ato administrativo é recolocado também como mecanismo de concretização de interesses individuais sem que isso prejudique a lógica inerente ao interesse público e à atividade administrativa. Dá-se importância ao *procedimento*, elevado à condição de elemento central, ao invés do apego apenas à figura formal do ato. A adoção de mecanismos do direito privado traz, consigo, portanto, a tomada de decisões e atuações mais flexíveis, desburocratizadas e com isso, pelo menos em tese, conseqüentemente mais transparentes e eficientes.

É justamente neste contexto que os traços de uma Administração Pública consensual se acentuam pela primeira vez na história do Direito Administrativo moderno. Trata-se de uma mentalidade distinta no que toca ao relacionamento da Administração Pública com o particular, marcado pela passagem da imperatividade para a consensualidade. Como ressalta Maria João Estorninho:

---

<sup>94</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>95</sup> Vasco Pereira da Silva cita, como exemplo: “regulamentos, planos, contratos, actuações informais, técnicas, de direito privado, as operações materiais”. (SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 79).

trata-se de uma forma de administração nova, 'negociada ou contratual', em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública<sup>96</sup>.

O problema é que, apesar dos significativos avanços no que toca à abertura aos mecanismos consensuais de atuação administrativa, o aumento do tamanho do aparato estatal trouxe problemas que tornaram insustentável o modelo do "Estado Social". O Estado passou a imiscuir-se nas relações sociais, econômicas e culturais, em seus vários âmbitos e formas, assumindo para si uma série de atribuições e tentando mostrar-se presente e regulador de todos os fenômenos a seu alcance, o que acarretou em burocracia exacerbada, bem como transformação a Administração Pública num mecanismo engessado e deveras ineficiente<sup>9798</sup>. Soma-se a isso a alta carga tributária para manter o

---

<sup>96</sup> ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 44.

<sup>97</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 151.

<sup>98</sup> Algumas atitudes do Estado Social são listadas por Maria Sylvia Zanella di Pietro: a. algumas atribuições foram assumidas pelo Estado como serviços públicos, entrando na categoria de serviços públicos comerciais, industriais e sociais; para desempenhar esses serviços, o Estado passou a criar maior número de empresas estatais e fundações; b. outras atividades, também de natureza econômica, o Estado deixou na iniciativa privada, mas passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e outras empresas sob controle acionário do Estado; c. finalmente, em outras atividades, o Estado nem definiu como serviço público nem passou a exercer a título de intervenção no domínio econômico; ele as deixou na iniciativa privada e limitou-se a fomentá-las, por considerá-las de interesse para a coletividade. Desenvolve-se, então, o fomento como uma atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado fomenta a iniciativa privada por

custo de operação deste modelo de Estado e o evidenciamento de problemas relacionados à corrupção. Não se trata de afirmar que a corrupção surge com o Estado Social, nem de longe. No entanto, acredita-se que o intervencionismo característico do Estado Social e modelos de acordos por vezes mal-intencionados com a esfera privada abriram maior espaço para trocas escusas<sup>99</sup>.

Lembre-se que, no Estado Liberal, a intervenção do Estado era pontual e visava proteger a Administração Pública do controle externo pelo Judiciário e pelos particulares, bem como assegurar a ordem pública. Já no Estado Social, em razão das funções sociais e econômicas demandadas da Administração Pública nesta nova configuração de Estado, como ressalta Maria Sylvania Zanella Di Pietro, houve a ampliação do poder de polícia com atuação mais incisiva na esfera dos particulares<sup>100</sup>. Ou seja, quanto maior o âmbito de atuação de Estado, igualmente há mais regulamentação e mais restrição de direitos.

A questão é que a crise do Estado Social acentuou o movimento de privatização da Administração Pública, demonstrando uma tendência em recorrer-se ainda mais aos mecanismos jurídico-privados de organização e atuação administrativa. Conquanto note-se a derrocada do modelo assistencialista e regulamentador, crescem os mecanismos de relação entre Administração Pública e particular, bem como a adoção de inteligência e formas de atuação privadas na gestão pública.

A atividade administrativa, agora no denominado Estado Pós-Social, consolida a posição da Administração de abertura no Estado Social e parece manifestar-se, em essência, pela composição tanto de interesses públicos como privados. A

---

diferentes meios □.□ (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10).

<sup>99</sup> Para uma visão mais aprofundada a respeito da análise do fenômeno da corrupção na Administração Pública, ver: SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019 e RIBAS JR., Salomão. **Corrupção endêmica**: os Tribunais de Contas e o combate à corrupção. Florianópolis: editado pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em co-edição com o autor, 2000.

<sup>100</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9.

importância é o atingimento da decisão que melhor concretize o interesse público. Como anota Vasco Pereira da Silva: “Ficando isto implica profundas alterações da própria noção de Administração Pública, que passa a ser constituída por sujeitos cujo relevo jurídico está mais na substância da sua acção, do que na respectiva natureza jurídica de direito público ou de direito privado”<sup>101</sup>.

Talvez no Estado Pós-Social é que tenha ocorrido o salto mais gradativo à subsidiariedade<sup>102</sup>, ou seja, à retirada do Estado como linha de frente e executor direto dos serviços públicos e o reconhecimento tanto de que a mão estatal não deve estar presente em todas as atividades, bem como de que o particular também pode ser executor direto do interesse público<sup>103</sup>. Somando-se ao advento da constitucionalização do Direito Administrativo<sup>104</sup>, a postura hierarquizada e centralizadora da Administração Pública começa a gradativamente ceder espaço para uma postura mais consensual e dialógica.

Nesse ponto, relevantes são as considerações de Norberto Bobbio, segundo o qual o Estado, num cenário onde a sociedade civil é marcada pela constituição de grupos cada vez mais organizados e complexos que, por vezes, entram em conflito entre si, “desenvolve a função de mediador e de garante mais do que a de detentor do poder de império segundo a representação clássica de soberania”<sup>105</sup>.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o pós Segunda Guerra Mundial aliado às revoluções nos meios de comunicação

---

<sup>101</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 160.

<sup>102</sup> A respeito do princípio da subsidiariedade, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1999.

<sup>103</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 158-159.

<sup>104</sup> CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. O Direito Administrativo no divã do Estado constitucional de direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. **Revista da ESMESC**. Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 195-227, 2014.

<sup>105</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 26.

foram as forças motrizes para a definitiva superação do antigo regime – o que, até então, era uma mera aparência de superação em razão do ainda largo distanciamento da sociedade civil e a Administração Pública. De súdito, o particular passa, pelo menos no *plano formal*, a cidadão, com a recuperação dos valores liberais e democráticos<sup>106</sup>. Nessa esteira, novos princípios emergiam com força para a satisfação dos direitos fundamentais: subsidiariedade, participação popular e a Constituição como ordem de valores<sup>107</sup>. No mesmo sentido, José Sérgio da Silva Cristóvam anota:

Com efeito, desde o avanço para uma concepção prestacionista de Estado Social (constitucionalismo de segunda dimensão), palco efervescente dos movimentos de classe, da luta dinâmica de novos atores pelo pluralismo político, social e jurídico, já havia a construção de uma renovada atmosfera política e de um novo caldo de heterogeneidade social, forte o bastante para denunciar a necessária revisão das bases retóricas daquele discurso jurídico-monolítico. Mas o ponto culminante desse processo somente eclodiria após os movimentos de autoritarismo e totalitarismo que varreram a Europa entre as terceira e quarta décadas do século XX (Nazismo, Fascismo, Stalinismo)<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Maria João Estorninho faz curiosa classificação a respeito da posição do particular em relação à Administração Pública através dos anos de evolução. Para autora, o particular, no Estado Absoluto, ostentava a condição de súdito, enquanto que no Estado Liberal poderia ser considerado cidadão. Já no Estado Social era elevado ao estado de “utente” e, no Estado Contemporâneo, começa a ser encarado como “consumidor” ou “cliente”, dentro de um modelo de Administração Pública gerencial e garantidora. (ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 14).

<sup>107</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. p. 134.

<sup>108</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O Direito Administrativo no divã do Estado constitucional de direito**: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. *Revista da ESMESC*. Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 195-227, 2014. p. 200.

Sucedee que, apesar das conquistas elencadas acima, o plano prático do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo ainda demonstra a permanência de antigas concepções. Com a imperatividade ainda servido como sustentáculo, o indivíduo novamente perde importância na efetivação do direito administrativo – cuja atividade é ditada na forma e no ritmo imposto pela própria Administração Pública. Conquanto tenha se proposto à proteção das garantias e direitos fundamentais consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, o que ocorre, na verdade, é um permanente deslocamento do eixo para a efetivação da autoridade. O próprio destinatário da atividade administrativa deixa de ser o cidadão em concreto para tornar-se uma abstração denominada “interesse público”, “coletividade” ou “bem comum”<sup>109</sup>. Persegue-se, assim, não a garantia dos direitos individuais em concreto, mas exclusivamente um interesse público abstrato, vazio, genérico e superior. Como ilustra Floriano de Azevedo Marques Neto, o indivíduo deixa de ser tratado “como cidadão (o que remete a um polo detentor de direitos subjetivos em face do Estado) e passa a ser considerado ou administrado (sujeito passivo da sujeição ao poder estatal) ou usuário (beneficiário passivo de um provimento administrativo)”<sup>110</sup>.

No mesmo sentido, são as considerações de Marçal Justen Filho, para quem tais características, presentes na contemporaneidade, são consentâneas a um “direito administrativo do espetáculo”<sup>111</sup>:

---

<sup>109</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 107.

<sup>110</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 107.

<sup>111</sup> O autor utiliza a expressão para traduzir uma Administração Pública imperativa, apegada à dogmas supostamente ultrapassados e desconexa da realidade social. Também serve para denominar uma Administração Pública que invoca princípios vazios na tomada de decisão.

O núcleo do Direito Administrativo do espetáculo reside no pressuposto de que o ser humano não é o protagonista nem da História, nem dos processos políticos, nem do direito. O Direito Administrativo do espetáculo costuma qualificar o ser humano como “o particular” ou o “o administrado”. O particular é uma figura indeterminada e imprecisa, destituída de características diferenciais em face do Estado e da Administração Pública (sempre com iniciais maiúsculas). O administrado não tem rosto em face do Direito Administrativo, é quase uma sombra<sup>112</sup>.

A todas as luzes, não se defende que o Estado se deva pautar pela lógica eminentemente privada e ter por objeto unicamente a defesa de interesses individuais, mas quer-se se mostrar que nesse cenário o Estado mantém praticamente uma autonomia em relação aos indivíduos. Como se fosse um bloco ou corpo estranho à parte da sociedade. Assim, quando a Administração Pública, no exercício de suas funções públicas declaradas, entra em aparente conflito com interesses ou direitos de particulares, parece que a única saída, dentro desse modelo, é a derrogação, a imposição da supremacia do Estado em relação aos interesses dos particulares. Isto porque, repita-se, nesse contexto, o direito administrativo somente permitiria uma atuação destinada a favorecer um interesse público em abstrato, de modo que qualquer interesse privado a ele seria subalterno ou inferior caso entrasse em rota de colisão. É como se houvesse apenas uma opção: ou derroga-se o direito do particular, ou o interesse público não é satisfeito<sup>113</sup>. Aparenta não

---

<sup>112</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>.

<sup>113</sup> Nesse sentido, colhe-se da obra de Juliana Bonacorsi de Palma: “A assertiva parte da premissa de que só a prerrogativa imperativa viabilizaria o alcance do interesse público, sem o qual o ato decisório administrativo padeceria de efetividade. Dessa forma, a imperatividade dos atos administrativos e as cláusulas exorbitantes dos contratos celebrados pela Administração consistiriam em mecanismos indispensáveis à garantia do interesse público”. In: (PALMA, Juliana

existir, assim, a possibilidade de se conceberem formas alternativas para resolver eventuais conflitos nas relações entre Administração Pública e particular.

São lúcidas as considerações de Marçal Justen Filho:

O particular pode ter interesses, os quais são sempre secundários e devem ceder passo ao Bem Comum, à Ordem Pública e ao Interesse Público. O particular é o destinatário das competências administrativas. *□ tratado mais como objeto do que como sujeito cabendo-lhe conformar-se com a sua condição de □sujeito administrado*<sup>14</sup>.

Da mesma forma, como consequência de uma postura imperativa, por vezes a Administração Pública invoca princípios vazios, sem conteúdo material, a pretexto de perseguir o interesse público e legitimar seus atos, mas tendo como pano de fundo a satisfação da própria vontade ou de seus representantes. Ou, até mesmo, invoca princípios já consolidados no ordenamento jurídico, mas com uma fundamentação tão abstrata apta a justificar qualquer sorte de decisão<sup>115</sup>. Institutos e princípios do direito administrativo por vezes são utilizados como subterfúgios para dar

---

Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 76).

<sup>114</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>.

<sup>115</sup> Para estudo aprofundado sobre a temática, que envolve o neoconstitucionalismo, ver SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso em: 16 mai. 2019; BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, n. 14, ano 4 Jul. / Set. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=37252>. Acesso em: 16 mai. 2019.

ares de regularidade e legitimidade aos atos de agentes públicos, num contexto onde “*a vontade última do governante é a vontade da Administração Pública*”<sup>116</sup>.

Prossegue Marçal Justen Filho:

São adotados princípios que permitam ampla criatividade do governante para desenvolver imagens de uma falsa submissão a controles. Assim, os princípios do Direito Administrativo do espetáculo se reportam a figuras imaginárias, tais como “ordem pública”, “ato político” e “interesse público”. O desempenho das funções administrativas se traduz em institutos tais como o “poder de polícia” e o “poder discricionário”. Todas essas figuras propiciam a qualificação jurídica de atividades cujo conteúdo exato é produzido por decisões subjetivas do governante, produzindo a aparência de uma atividade submetida ao direito e à fiscalização<sup>117</sup>.

Sucedo que, retomando o raciocínio a respeito das prerrogativas públicas, essa lógica de derrogação só é possível dentro de ideia de que somente há um caminho possível, definível aprioristicamente e de forma prévia, para a satisfação do interesse público, e que interesses públicos e privados são antagônicos e excludentes entre si<sup>118</sup>. A ideia de consensualidade, portanto, não encontra terreno fértil aqui para consolidar-se.

---

<sup>116</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>. Acesso em: 16 mai. 2019.

<sup>117</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>. Acesso em: 16 mai. 2019.

<sup>118</sup> Sobre essa discussão, com posicionamento contrário ao adotado nesse texto ver: AFONSO DA SILVA, Virgílio. Na encruzilhada liberdade- autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In:

Conquanto tenha germinado em berço francês, o cenário brasileiro, marcado pela colonização patrimonialista de Portugal – tradição mantida até os dias de hoje no cenário político e social<sup>119</sup> –, foi ideal para a recepção e a disseminação das ideias de um Direito Administrativo autoritário que ganhava corpo. Todas essas circunstâncias, expostas até aqui, denotam as razões pelas quais

[a] Administração Pública acabou por tornar-se o ramo mais conservador do Estado, sempre o mais impérvio a modificações, o que mais se beneficiou com o período de hipertrofia estatal experimentada neste século, e porque veio a ser justamente aquele em que as conquistas liberais foram mais demorada e penosamente absorvidas<sup>120</sup>.

De toda forma, ainda que o Direito Administrativo brasileiro esteja se inclinando, pelo menos na teoria, à adoção de mecanismos contratualizados e consensuais – como será exposto adiante –, a prática ainda aponta a manutenção de concepções que fomentam os traços imperativos da atividade administrativa, preferindo-se a fórmula da autoridade e das prerrogativas públicas para a persecução do interesse público e para a realização das finalidades públicas<sup>121</sup>. Ou seja, ainda que se cogitem “novos tempos” ou novo regime jurídico-administrativo, ou até mesmo que se admita uma postura mais consensual da Administração Pública, o ponto é que ainda hoje o traço de hierarquia e unilateralidade é marcante na atividade administrativa. Isso é visto principalmente na forma com que a Administração Pública se porta

---

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; SCHIRATO, Vitor Rhein; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 741.

<sup>119</sup> GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

<sup>120</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 11.

<sup>121</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 75.

em relação aos particulares no âmbito de processos administrativos<sup>122</sup>, inclusive ambientais<sup>123</sup>.

O mesmo opera na condição de verticalidade imposta pelas prerrogativas especiais conferidas nas licitações públicas. As hipóteses de alteração, modificação e rescisão unilateral dos contratos administrativos e a possibilidade de aplicação de sanções (por vezes severas, como a suspensão do direito de contratar e a declaração de inidoneidade), tal como previsto nos artigos 58 e 78 da Lei n. 8.666/93 representam, na essência, a postura clássica da Administração Pública. A relação com o particular é propositalmente desequilibrada em favor da Administração Pública, o que é acompanhado, por vezes, e de arrasto, por uma série de arbitrariedades. Como aponta Joel de Menezes Niebuhr:

Sob esse contexto, com larga frequência, a Administração Pública, vem cometendo abusos de toda a sorte, agindo verdadeiramente de modo arbitrário em relação aos contratados, cujas posições assemelham-se, muitas vezes, a de um refém. A Administração Pública, por abuso, oprime os contratados, retém pagamentos, promove alterações unilaterais despropositadas, formula exigências

---

<sup>122</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 99.

<sup>123</sup> Pedro de Menezes Niebuhr critica a supervalorização da natureza formal dos processos administrativos. Para o autor, apesar de importantes, as formalidades são muitas vezes um subterfúgio para legitimar uma decisão pré-concebida pela Administração Pública, ignorando por completo a efetiva participação do particular. Segundo o autor “[d]é nada adiantaria conceber um conjunto de regras que viabilize a participação do interessado – tanto para que ele possa proteger seus interesses quanto para que possa contribuir para a edição da decisão mais adequada e informada – se esta participação não for, concretamente, tomada em consideração pela Administração. Esta disfunção, aliás, infelizmente parece ser corriqueira na praxe administrativa, onde processos são conduzidos com o único propósito de tornar definitivo juízo pré-concebido do agente sobre dada pretensão.” (NIEBUHR, Pedro. **Processo administrativo ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 103).

impertinentes e leoninas, tudo em nome e sob o manto do interesse público<sup>124</sup>.

Da mesma forma, em diversas oportunidades a Administração Pública deixa de cumprir com suas obrigações contratuais no âmbito das contratações públicas, das parcerias público privadas e das concessões nas suas mais variadas formas. Assim, somado aos excessos cometidos no uso das prerrogativas especiais, como o descumprimento de obrigações que lhe competem enquanto parte de uma relação e na aplicação, por vezes, de sanções completamente desarrazoadas e proporcionais, e diante de um cenário silente quanto aos instrumentos legais que garantam a efetivação dos direitos dos particulares, cabe-lhes apenas buscar o Judiciário, enfrentar um longo e custoso trâmite processual na esperança de um dia, superada a fila dos precatórios, receber o que é devido<sup>125</sup>. Não raro, a bancarota é a inevitável consequência. Não causa estranheza, portanto, que os preços praticados nas licitações públicas acabem incorporando os riscos decorrentes deste tipo de contratação.

Com efeito, o número de conflitos judiciais envolvendo a Administração Pública e particulares (pessoas jurídicas de direito privado em geral e indivíduos) é bastante expressivo. Dados de 2011 do Conselho Nacional de Justiça demonstram que órgãos e entidades da Administração Pública, em suas três esferas, representam, somados, cerca de 51% das ações judiciais em andamento no país. Desse percentual, em 59% das ações a fazenda pública encontra-se no polo passivo. Apesar de as estatísticas serem relativamente antigas, pressupõe-se que o número apenas aumentou. Os gráficos abaixo dão uma breve noção dessa dimensão:

---

<sup>124</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 794.

<sup>125</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 794.

Gráfico 1 – Percentual de processos dos 100 maiores litigantes nacionais por setor

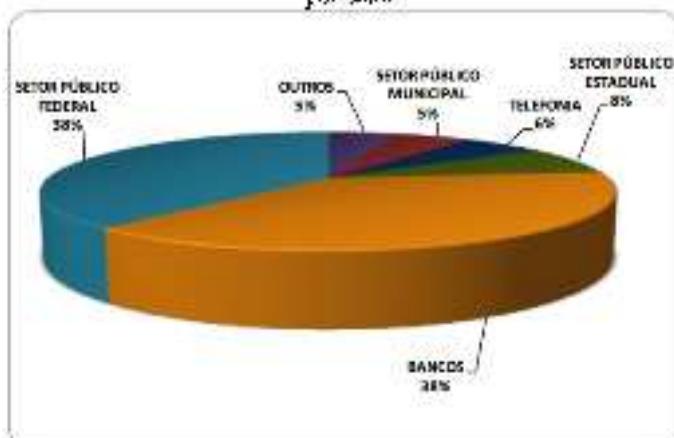
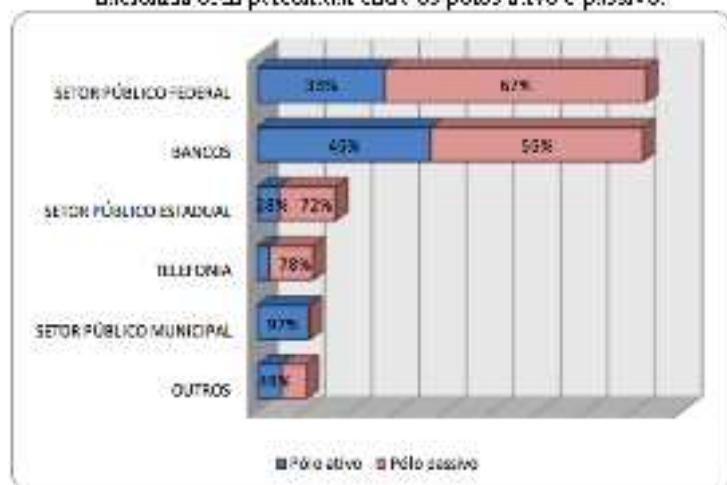


Gráfico 2 - Quantidade de total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais com percentual entre os polos ativo e passivo.



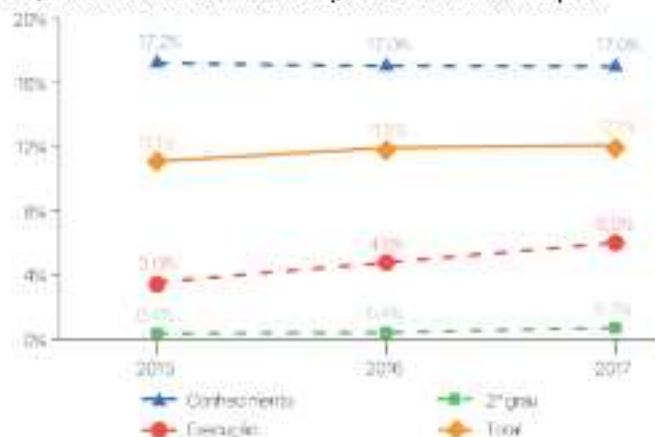
Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília, 2011.

No mesmo sentido, dados do anuário *Juiz e Juíza em Números* de 2018 (ano base 2017), publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que conta com informações elementares sobre as estatísticas judiciais e finais, demonstram que, do acervo de 80,1 milhões de ações judiciais pendentes, cerca de 39% são execuções

fiscais. Elas representam, sozinhas, 74% do estoque de execuções e são responsáveis pela maior taxa de congestionamento do Poder Judiciário (91,7%). Isso significa, em termos práticos, de acordo com o exemplo trazido pelo próprio relatório, que de cada 100 execuções fiscais que tramitaram em 2017, apenas 8 foram baixadas definitivamente. Na Justiça Estadual, o número de execuções fiscais chega a 85% de todas as ações judiciais em trâmite, de modo que, ainda que o Judiciário passasse de receber novas ações, seriam necessários mais 11 anos, em média, para dar vazão ao acervo hoje existente<sup>121</sup>.

Apesar do esmiúço do CNJ para a resolução consensual dos litígios que, desde 2006, vem promovendo as Semanas Nacionais de Conciliação, com o objetivo de incentivar acordos tanto na fase pre-processual como processual, o esforço ainda assim não é suficiente. Apesar de crescentes os índices e da implantação massiva de Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)<sup>122</sup>, o gráfico abaixo demonstra que os números ainda são bastante tímidos.<sup>123</sup>

Gráfico 3 - Percentagem de sentenças homologatórias de acordos em relação ao número total de ações judiciais em curso no país



<sup>121</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Brasília, 2018, 217s. p. 132-136.

<sup>122</sup> Lei 2014 para 362 CJO, SCs, No. 104 de 2017, §82.

<sup>123</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Brasília, 2018, 212s. p. 122-126.

Fonte: *BRAZIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição em Números*. Brasília, 2004.

Não raros são os casos em que, por exemplo, a Administração Pública vê-se obrigada, mesmo sem razão, a permanecer em litígio até o último recurso cabível sob pena de suposta violação aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da isonomia, e com forte receio dos administradores de sofrerem represálias pelos órgãos de controle em caso de optarem pelo consenso ou pela desistência da ação ou do recurso. Evidentemente, nem todos os casos podem ser resolvidos pela via do acordo, mas a sua adoção torna-se cada vez mais necessária e demonstra a falência de um modelo litigioso. Da mesma forma, além das situações envolvendo conflitos no âmbito dos processos administrativos ou judiciais, a postura imperativa também espalha seus efeitos para todas as áreas da atividade administrativa.

A título de exemplo, Pedro de Menezes Niebuhr expõe que, por vezes, em situações litigiosas envolvendo o direito ambiental, a Administração Pública toma um considerável tempo e esforço para realizar os levantamentos necessários para identificação de danos ambientais, enquanto os particulares em grande parte das vezes detêm melhor expertise e condições, em comparação com a Administração Pública. Não raro estão em melhores condições, em relação à Administração, “de verificar a ocorrência de um dano e de perceber/identificar (social, técnica e cientificamente) as relações entre dada conduta e os impactos gerados sobre o ambiente”<sup>129</sup>. Para o autor, isso impõe a necessidade de o direito administrativo responder a tais necessidades diante do aperfeiçoamento de seus institutos com vistas a otimizar os mecanismos de cooperação e coordenação entre a Administração Pública e o particular<sup>130</sup>.

Outra situação, bastante comum, está no âmbito do Direito Administrativo sancionador. Em diversas situações a Administração Pública toma a sanção como mecanismo primeiro de atuação, desconsiderando completamente alternativas viáveis de resolução de conflitos que seriam mais viáveis e satisfariam o interesse público da mesma forma. A sanção, como mecanismo

<sup>129</sup> NIEBUHR, Pedro. **Processo administrativo ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 70.

<sup>130</sup> NIEBUHR, Pedro. **Processo administrativo ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 70.

preferido aprioristicamente, por vezes agrava desnecessariamente a esfera de direitos do particular e leva à judicialização da sanção ou simplesmente à sua impossibilidade de cumprimento quando (não raro) aplicada de forma desproporcional. Entende-se que, nesses casos, um acordo integrativo ou substitutivo seria mecanismo preferível<sup>131</sup>.

A postura imperativa também é vista na tomada de decisões públicas. Embora nesses casos não haja um litígio direto envolvendo a Administração Pública e o particular, entende-se que, muitas vezes, a sociedade civil é excluída da participação e da cooperação, seja na implementação de políticas públicas, da definição de normas e regulamentos que afetem o uso das cidades, ou até mesmo na rejeição de mecanismos da iniciativa privada que poderiam otimizar a atividade administrativa – sob a justificativa, nesse caso, de que isso acarretaria na sua privatização.

À guisa de conclusão parcial, tem-se que é evidente que não se pode ser ingênuo a ponto de acreditar numa horizontalidade plena entre particular e Administração Pública, nem da extinção das prerrogativas públicas. No entanto, um modelo de Administração Pública que coloca o particular a todo tempo em segundo plano, e que se utiliza das prerrogativas como fundamento operacional primeiro e instrumento para legitimar suas ações, não é consentâneo com o espírito atual da sociedade.

Compartilha desse entendimento Pedro de Menezes Niebuhr, ao entender que o fato de existir uma Administração Pública infraestrutural, constitutiva e concertada (tal como se defende neste trabalho, o que será exposto de forma mais detida nas próximas páginas) não significa excluir da atividade administrativa toda a carga de autoridade. No entanto, para o autor, repisando Luciano Parejo Alfonso, uma “sociedade atual, desenvolvida, informada, adulta e completa” demanda que o modelo de atuação preponderante do direito administrativo não seja o de autoridade ou intervenção. Isso não significa negar por completo o poder de coerção da Administração Pública, mas que

---

<sup>131</sup> A respeito dos acordos substitutivos e integrativos e matéria de direito administrativo sancionador ver PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ele seja empregado de forma polida e racional<sup>132</sup>. Com efeito, complementando o raciocínio, ressalta José Sérgio da Silva Cristóvam que as prerrogativas administrativas só devem ter lugar se (i) efetivamente respaldadas no ordenamento jurídico e (ii) se forem condição *sine qua non* para a satisfação dos direitos “individuais, coletivos e sociais”. Do contrário, a autoridade administrativa deve dar lugar às formas de tomada de decisão o mais horizontais, isonômicas, consensuais e participativas possível<sup>133</sup>.

Fernando Dias Menezes de Almeida entende que, embora o direito brasileiro tenha abraçado o regime das cláusulas exorbitantes, é preciso que elas sejam aplicadas de modo consentâneo com a constituição e com os princípios basilares de um Estado democrático de direito – aliás, até mesmo os princípios que regem o regime jurídico-administrativo devem ser utilizados de maneira alinhada com a Constituição e de forma coesa. Nesse sentido, aduz que se deve reconhecer serem as prerrogativas especiais não uma tradução de um poder específico conferido à administração para colocá-la em posição de superioridade em relação aos particulares, mas da necessidade de muni-la de certos instrumentos para que possa adequadamente cumprir sua “função social”. O autor inclusive defende a ideia de mitigação gradual das cláusulas exorbitantes (espécie das prerrogativas públicas) rumo à sua abolição total<sup>134</sup> – assevera-se, contudo, que a posição é radical e parece bastante distante da realidade do regime jurídico administrativo brasileiro.

De mais a mais, ainda que o Direito Administrativo esteja passando por transformações desde o seu “nascimento” no âmbito

---

<sup>132</sup> NIEBUHR, Pedro. **Processo administrativo ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 68-69.

<sup>133</sup> CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 328.

<sup>134</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 345.

do Estado Moderno<sup>135</sup>, viu-se que tais mudanças foram sentidas principalmente na primeira metade do século XX e alcançaram ritmo substancialmente mais intenso a partir da Segunda Guerra Mundial, diante da falência de mecanismos sociais garantidores de direitos e frente à necessidade de se refletir acerca do impacto humanitário causado pela destruição dos conflitos armados<sup>136</sup>.

Neste encaixo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto elenca dois importantes vetores de transformação: primeiro, a emergência do Estado Democrático de Direito, que representa não apenas a submissão do Estado ao direito conformado, mas também a submissão das leis ao próprio direito – fruto do alargamento da noção de legalidade, que acompanha o processo de constitucionalização do direito administrativo e da administração pública. Em segundo, a modernização da administração pública, alicerçada pelos princípios democráticos e liberais renovados, com o objetivo principal de trazer eficiência<sup>137</sup> ao regime jurídico sem a perda da juridicidade<sup>138</sup>.

Apesar de parecer tratar-se de discussão recente, já em 1998, como apontado por Caio Tácito, no que denomina “era do Direito Administrativo Participativo”, falava-se sobre a tendência geral do direito administrativo de superação dos vieses autoritários com a inserção paulatina da participação popular democrática, tanto na gestão como na adoção de novos instrumentos de colaboração no âmbito da atividade administrativa, o que para ele representa o “casamento do poder com a cidadania”<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 43.

<sup>136</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. p. 134.

<sup>137</sup> Exemplos práticos, na linha da eficiência como baliza da Administração Pública, são a descentralização, a desburocratização, a deslegalização e a delegação de serviços públicos. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 237.)

<sup>138</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 236.

<sup>139</sup> TÁCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 27-34, out./dez. 1998.

A questão é que a postura imperativa da Administração Pública gera, de certa forma, entraves e prejudicam a verdadeira persecução do interesse público, bem como perpetuam ideias e institutos que não mais são consentâneos com a lógica de uma Sociedade tal como se vê hoje. Com efeito, a evolução da Sociedade demanda que o Direito Administrativo busque apoiar-se, sempre que possível, em outras balizas, a saber, a harmonia de interesses (que não mais devem ser vistos prioritariamente sob a ótica de bipolaridade), de consenso na tomada de decisões públicas e, principalmente, sob a ponderação da real necessidade de aplicação de sanções administrativas quando houver melhor forma de atingimento do interesse público sem o agravamento desnecessário da esfera de direitos do particular. Esse novo paradigma, denominado relacional por Fernando Dias Menezes de Almeida<sup>140</sup>, é a bola da vez. Não se admite mais a sanção pela sanção, a autoridade como fundamento de si mesma – ainda que isso signifique, em certa medida, a derrocada, ainda que gradual, das prerrogativas públicas.

Em razão disso, vê-se que o modelo autoritário está cada vez mais demonstrando-se falido no âmbito do direito administrativo brasileiro, demandando que se abra, sem maiores receios, caminho para a consolidação efetiva de um modelo consensual para contrapor uma Administração Pública imperativa. Ao passo que o próximo capítulo tratará da consensualidade, o terceiro, por sua vez, cuidará do instrumento normativo que, aos olhos desta pesquisa, representa viva baliza para essa consolidação.

Sob todas as luzes, exposta a forma tradicional de atuação da Administração Pública e, principalmente, demonstrada a rota evolutiva rumo à consensualidade, chega-se ao momento de entender, de forma mais detida, no que consiste a consensualidade.

---

<sup>140</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 88.



### 3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

#### 3.1 PREMISSAS CONCEITUAIS

As próximas páginas abordarão as nuances da consensualidade, que representa uma forma alternativa de atuação da Administração Pública. A consensualidade é o pano de fundo do artigo 26 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), objeto de estudo da dissertação, embora o texto legal não diga expressamente. Trata-se da base que, por meio da evolução dos instrumentos previstos de forma esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se a alma central desse novo modelo de atuação.

O segundo capítulo, portanto, tratará dos matizes do instituto no panorama internacional – parcialmente abordados no primeiro capítulo –, as bases e pressupostos, bem como as características e os mecanismos de consenso existentes no direito brasileiro até a inclusão do dispositivo na LINDB. O estudo do artigo 26 ficará para último momento, uma vez que, sem demérito dos demais mecanismos, o dispositivo em questão teve o propósito de servir de permissivo genérico e abstrato à formulação de acordos no âmbito de toda a Administração Pública.

Sem pretender a revisitação completa da matéria, pretende-se, na verdade, apontar as premissas conceituais, seu panorama internacional e nacional e o verdadeiro sentido do fenômeno consensual no que se refere à Administração Pública brasileira. Esse esforço permitirá afirmar, com o rigor científico necessário, que a consensualidade é consentânea com o direito brasileiro e não encontra entraves para sua aplicação, de forma geral, em todas as esferas da Administração Pública – respeitadas, evidentemente, as balizas do ordenamento e do próprio dispositivo em questão.

Naturalmente, antes de tratar das nuances da consensualidade, é preciso chegar a um acordo semântico e delimitar metodologicamente o que se entende pelo termo.

A noção de consensualidade, embora admita diversas significações, é tratada neste trabalho relacionada à Administração Pública. Ou seja, embora o sentido original do termo “consenso” possa estar associado à ideia de “comum acordo”, concordância, equilíbrio entre partes, nesta dissertação ele pode assumir sentidos ora mais amplos ora mais restritos. Desta forma, para melhor

compreensão e em tributo ao rigor científico, abraça-se a sentidos já devidamente delimitados por outras obras.

São dois os possíveis sentidos adotados pela presente pesquisa, cada qual empregado dentro de um contexto. As definições empregadas por Juliana Bonacorsi de Palma, que dividiu a consensualidade em sentido *restrito*, *amplo* e *amplíssimo*, parecem ser suficientes para a compreensão do fenômeno em suas diferentes esferas. Neste trabalho, usa-se a consensualidade em sentido amplo, que “corresponde a qualquer forma de acordo de vontades da Administração Pública, abrangendo indistintamente acordos judiciais, acordos intragovernamentais e os contratos administrativos em geral”<sup>141</sup> (ou seja, trata da atuação consensual por meio de ajustes dos mais variados tipos e formas, seja em âmbito administrativo ou judicial). Pode envolver também, no aspecto subjetivo, Administração Pública e particulares e/ou órgãos e entidades da Administração Pública entre si (vinculados ao ente mesmo federativo ou não).

De outra mão, também pode-se empregar um sentido amplíssimo de consensualidade, que envolve os “casos em que a Administração abre seu procedimento para que o administrado participe, como nas hipóteses dos instrumentos participativos, audiências públicas e consultas públicas”<sup>142</sup>. A todas as luzes, adianta-se que o artigo 26 da LINDB abrange, num só dispositivo, os dois sentidos – conforme será demonstrado posteriormente, no terceiro capítulo –, motivo pelo qual, para os fins deste trabalho, ambos serão utilizados como base semântica.

Ressalta-se, por oportuno, que a expressão também pode ser referenciada em outras obras com outras nomenclaturas, a saber, *consensualismo*, *Direito Administrativo cooperativo* ou *colaborativo*, *transigibilidade*, *Direito Administrativo do consenso*, *Administração Pública dialógica ou cooperativa*, entre outros<sup>143</sup>. De toda forma, a pesquisa adota, em essência, por mera predileção, a expressão consensualidade.

---

<sup>141</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 111.

<sup>142</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 111.

<sup>143</sup> A observação, pertinente, é de Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017).

A consensualidade, no âmbito da Administração Pública, é uma realidade quer queira quer não. Já não faz mais sentido, por uma questão meramente ideológica<sup>144</sup>, ignorar que “a Administração Pública negocia e que a negociação se tornou um instrumento imprescindível na tarefa de administrar”<sup>145</sup>. A tarefa dos estudiosos e dos que aplicam o Direito na prática é compreender as possibilidades e os limites que a consensualidade impõe. Ignorar sua aplicação não a fará desaparecer.

De uma atividade administrativa orientada pela lógica da autoridade, pelo ato administrativo impositivo e unilateral, bem como pela preponderância de poderes e prerrogativas exorbitantes, hoje passa-se a adotar e a inserir paulatinamente a lógica da consensualidade, pautada pela negociação, participação e bilateralidade. Abandona-se, aos poucos, a postura verticalizada e hierárquica da Administração Pública em relação aos particulares, para com eles consensualmente e de forma horizontal construir a melhor solução para o caso concreto<sup>146</sup>.

A adoção de mecanismos consensuais vem ganhando espaço tanto a partir da constatação de que as formas autoritárias de imposição de vontade pela Administração Pública se demonstraram obsoletas e ineficazes, bem como da compreensão contemporânea de uma nova realidade em que se busca aproximar o Estado e a Sociedade. Nesse sentido, Eduardo García-Enterría e Tomás-Ramón Fernández pontuam que não há mais razão para a preferência no *modus operandi* imperativo da Administração Pública. Segundo os autores,

---

<sup>144</sup> Emprega-se o termo ideológico no sentido de apego acrítico a concepções políticas.

<sup>145</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, v. I. Revisão de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 672.

<sup>146</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2019.

h[oje, ao contrário, uma vez desfeitas as antigas barreiras entre o Estado e a Sociedade, e assumida pela Administração a tarefa de gerar uma ordem social mais justa, essa rigidez pode constituir uma grave limitação. Mandar e sancionar por meio de decisões unilaterais e executórias, sistema plenamente eficaz quando se trata de impor a ordem e de garantir o respeito à Lei, é insuficiente, no entanto, para polarizar as energias sociais quanto à consecução dos objetivos propostos nos planos econômicos. O ato unilateral garante eficazmente a submissão, mas é incapaz de suscitar o entusiasmo e o desejo de colaboração<sup>147</sup>.

Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka ressaltam que, dentro desse novo modelo de Estado, nasce uma espécie de Administração mediadora, que tem como função precípua a composição de interesses e conflitos públicos e privados. Há, igualmente, a busca pela inclusão dos cidadãos no que denominam “processo de determinação e densificação do interesse público”. Antes monopólio do Estado, a consecução do interesse público também passa agora mais intensamente pela participação dos particulares. A causa dessas transformações deve-se, em larga medida, à multiplicidade e complexidade das relações na Sociedade – o que Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka denominam *lógica difusa da sociedade em rede*<sup>148</sup> –, que impõem ao Estado a necessidade de a elas amoldar-se, por meio da releitura do modelo clássico de Administração

---

<sup>147</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, v. I. Revisão de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 672.

<sup>148</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A[C] Revista de Direito Administrativo [C] Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32 p. 31-50, abr./jun. 2008. p. 31-32.

Pública<sup>149</sup>. Os autores reforçam que outros fenômenos se tornam comuns, além do acordo, tais como “descentralização, policentria, horizontalidade, cooperação, gestão integrada e compartilhada entre departamentos de Estado unitários e de esferas federativas, bem como entre órgãos e entidades administrativas”<sup>150</sup>.

Mudança tal, todavia, como já antecipado no primeiro capítulo, não significa que a Administração Pública deva dispor totalmente de suas prerrogativas e de seus poderes; a consensualidade é, na verdade, mais uma solução com o fito de otimizar a atividade administrativa. A respeito dessa nova postura e das novas ferramentas das quais a Administração Pública pode dispor, preconiza o autor italiano Giulio Napolitano:

As ferramentas de ação unilateral não são as únicas disponíveis para a administração, embora, por muito tempo, tenham sido as mais importantes ou ao menos visíveis. A administração, na

---

<sup>149</sup> A respeito da denominada lógica da sociedade em rede, são as considerações dos autores: “A principal consequência na organização estatal é a premência de nela serem instituídos canais e mecanismos de percepção e participação social, sob pena de tornar insubsistente toda e qualquer ação estatal que ao final possa resultar, direta ou indiretamente, em benefícios à população. A constatação de que o corpo social encontra-se ordenado em redes exige que o Estado imprima maior capilaridade aos órgãos e entidades da arquitetura administrativa. Urge que isso ocorra, notadamente, com o intuito de facilitar a absorção e a internalização das demandas oriundas da sociedade, processo que tornará ainda mais qualificadas as políticas públicas, os programas, os projetos e demais ações de Estado, as quais visam satisfazer tais demandas”. (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A C Revista de Direito Administrativo Constitucional** Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008. p. 34-35).

<sup>150</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A C Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32 p. 31-50, abr./jun. 2008. p. 34-35.

verdade, também pode concluir diferentes tipos de acordos com os seus parceiros, públicos ou privados<sup>151</sup>.

A bem da verdade, à medida que as soluções consensuais vão dando frutos e se mostrando vantajosas, a consensualidade na Administração Pública passa não somente a ser um caminho alternativo desejável a ser seguido, mas verdadeira solução preferencial. Se há a possibilidade de administrar pela via dos acordos e da inclusão do particular na tomada decisões, esse campo parece ser mais frutífero do que os espaços marcados pela imperatividade<sup>152</sup>.

Com efeito, Juarez Freitas destaca que a lógica adversarial na condução de conflitos entre Administração Pública e particulares colide abertamente com os princípios estruturantes do Direito Administrativo, especialmente, a eficiência, a economicidade e a confiança recíproca. Ainda, para o autor, além de ferir tais princípios, “esse quadro de hostilidade é ruinoso e vulnera, com perversas externalidades negativas, a produtividade global”<sup>153</sup>, sendo preferível a solução consensual, desde que implementados de forma escoreita:

---

<sup>151</sup> No original: “Gli strumenti di azione unilaterale no sono gli unici a disposizione dell’amministrazione, sebbene per lungo tempo siano stati quelli piú importanti o comunque quelli piú visibili. L’amministrazione, infatti, puó anche concludere diversi tipi di accordi con i suoi interlocutori, pubblici a privati”. (NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. Il Mulino: Bologna, 2014. p. 175). (tradução nossa).

<sup>152</sup> À guisa de exemplo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto elenca uma série de vantagens na adoção de formas consensuais (denominadas coordenadas pelo autor): (i) potencial criativo e operativo dos entes estatais e sociais, o que denota cooperação e colaboração. (ii) potencial redução de custos e simplificação da máquina pública, impondo-lhe economicidade e racionalidade; (iii) reforço da máquina reguladora; (iv) modernização dos serviços prestados pelo Estado; (v) eficiência no atendimento a demandas reprimidas; (vi) racionalização na distribuição de competências dentro e fora do Estado (subsidiariedade). In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 42-43.

<sup>153</sup> FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./ dez. 2017. p. 29.

Em semelhante ótica, o estilo administrativo deve ser reprogramado, na senda da inflexão dialogada que enseja negociação público-privado legítima (consentânea com objetivos fundamentais da República), adequada (pertinente na correlação entre meios e fins, necessária (a menos onerosa entre as alternativas válidas) e proporcional *stricto sensu*.

Gradativamente, a postura belicosa tem que ser substituída pela racionalidade intersubjetiva, em sintonia fina com o ideal regulador de primado de interesses convergentes, em jogos cooperativos do tipo *win-win*. □.□

A experiência acumulada evidencia que formas alternativas de resolução das disputas, em que pesem naturais resistências, funcionam muito bem, desde que palmilhadas sob a vigilância de tempestivos controles<sup>154</sup>.

Conclui-se que a transição para adoção prioritária de mecanismos consensuais é “transformação filosófica inadiável” e que, embora encontre desafios, deve ser buscada, “com o desiderato firme de ultrapassar a mentalidade de beligerância contagiosa e consolidar uma sociedade pacífica, propensa a soluções honestas, respeitosas e amigáveis”<sup>155</sup>.

Diante do cenário já apontado, principalmente no que toca ao congestionamento do Poder Judiciário, o aprimoramento e a implementação de mecanismos consensuais tornam-se medida necessária e patente, o que evidencia a importância de pesquisas e fomento nessa área com vistas a oferecer soluções concretas a um problema que atinge toda a Sociedade. A importância da

---

<sup>154</sup> FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./ dez. 2017. p. 39-42.

<sup>155</sup> FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./ dez. 2017. p. 42.

consensualidade é bem sintetizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de *condutas privadas* de interesse público, passando a estimular a criação de *soluções privadas* de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.

É como acrescentar às potencialidades da máquina burocrática as infinitas potencialidades da *sociedade* e de suas miríades de organizações sociais, que deixa de ser mera súdita para ser sócia e parceira da atuação estatal, passando a ter no consenso e não na coerção a primeira das opções relacionais<sup>156</sup>.

A consensualidade, no âmbito da Administração Pública, pode manifestar-se de diversas formas. Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka dividem a expressão da consensualidade em dois grandes gêneros, a saber, a *concertação administrativa* e a *contratualização administrativa*. Segundo aduzem, uma atuação concertada seria aquela pautada pela ampla participação dos administrados na tomada de decisão junto à Administração Pública. Já a contratualização teria como pressuposto básico a adoção de instrumentos bilaterais (seja de direito privado ou público), fundados no diálogo, como opção preponderante em relação aos atos administrativos de caráter unilateral<sup>157</sup>.

De toda forma, antes de adentrar-se ao estudo da consensualidade no direito brasileiro, entende-se pertinente

---

<sup>156</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. p. 156.

<sup>157</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A C Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32 p. 31-50, abr./jun. 2008. p. 35.

resgate sucinto da aplicação do instituto em âmbito internacional, ressalvando-se, por zelo metodológico, que foram selecionados alguns exemplos de países de mesma tradição jurídica que o Brasil para que a comparação possa ser mais familiar ao sistema aqui aplicado.

### 3.2 PANORAMA INTERNACIONAL

Seria imprudente e sem respaldo científico precisar quando e onde nasceu a consensualidade e, da mesma forma, o momento de sua incorporação pela Administração Pública. O que se percebe é que a consensualidade sempre esteve, em pequena ou larga medida, na atividade administrativa. Ainda que sob o seio da imperatividade, a adoção de mecanismos de consenso não foi totalmente excluída.

É importante esclarecer que o período que aqui se denominou autoritário e imperativo da Administração Pública não quer dizer que ela não tenha se feito valer, pontualmente, de instrumentos cooperativos ou consensuais para atender ao interesse público. No entanto, a doutrina e jurisprudência que colocam autoridade e imperatividade como características essenciais da atividade administrativa têm resistência e dificuldade em admitir a cooperação e o consenso para realizar o interesse público. A preponderância é a força, a relação vertical, muito embora se admita que possa ter ocorrido, pontualmente, casos de acordo e consenso. O paradigma vai mudar com a ruptura de modelo, sentida de forma mais contundente no Estado Pós-Social. O resgate foi trazido no primeiro capítulo e apontaram-se os problemas relacionados a este período turbulento, motivo pelo qual se dispensam maiores digressões sobre a já analisada transição entre imperatividade e consensualidade.

No Direito estrangeiro, principalmente na Europa, a consensualidade já é uma realidade e uma diretriz sedimentada há razoável tempo nos ordenamentos jurídicos de alguns países como a Itália, a Alemanha e a Espanha<sup>158</sup>. Na verdade, apesar de atualmente a lógica consensual coexistir tanto em âmbito internacional como nacional, o fato é que no Direito Administrativo estrangeiro, especialmente nestes sistemas

---

<sup>158</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100.

européus, a consensualidade já está pacificamente consolidada, sem maiores entraves quanto à sua aplicação. Não se ignora que podem haver críticas também em âmbito internacional, mas pelo menos a sua habitual aplicação sem maiores ressalvas é o que se infere da bibliografia consultada. No Brasil, embora o tema estivesse evoluindo, até a implementação do artigo 26 na LINDB, por meio da Lei n. 13.655/2018, não havia no ordenamento a consolidação do instituto da consensualidade. Isso fazia com que aqueles países estivessem de certa forma mais avançados na análise do fenômeno consensual, como pontua Juliana Bonacorsi de Palma<sup>159</sup>.

Como antecipado, os próximos parágrafos tratam de traçar um panorama amplo, bastante geral, sobre a consensualidade nestes três sistemas citados. Ressalta-se, novamente, que o resgate será breve, para que não se desvirtue o foco. A todas as luzes, porém, por zelo à profundidade teórica da pesquisa, principalmente tendo-se em vista que boa parte da bibliografia referenciada, desde o primeiro capítulo e ao longo da pesquisa, é do Direito Europeu, entende-se pertinente discorrer a respeito.

Para o italiano Giulio Napolitano, a Administração Pública dispõe de diversos mecanismos para realizar ajustes com seus interlocutores, tanto públicos como privados. No entanto, a natureza e o regime jurídico destes acordos variam profundamente de país a país e de acordo com o seu objeto<sup>160</sup>. Na hipótese do sistema administrativo italiano, tem-se que a lógica consensual está consolidada como matriz geral, expressamente positivada pelo artigo 11<sup>161</sup> da Lei de Processo Administrativo

---

<sup>159</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100.

<sup>160</sup> No original: “L’amministrazione, infatti, può anche concludere diversi tipi di accordi con i suoi interlocutori, pubblici e privati (anche se qui ci concentreremo su quelli stipulati con questi ultimi). Natura e regime giuridico di tali accordi, peraltro, variano profondamente da paese a paese e a seconda del loro oggetto.” (NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. Il Mulino: Bologna, 2014. p. 175-176). (tradução nossa)

<sup>161</sup> O dispositivo dispõe o seguinte: Art. 11. (Acordos integrativos ou substitutivos ao ato) 1. Em acolhimento às observações e propostas relativas à norma do artigo 10, a administração competente pode concluir, sem prejuízo ao direito de terceiros, e em caso de persecução do interesse público, acordos com os interessados ao fim de determinar o conteúdo

italiano (Lei n. 241/1990). O dispositivo permite à Administração Pública concluir ajustes com os interessados (públicos ou privados) com o objetivo de modular o conteúdo discricionário do provimento final que seria decidido, antes, unilateralmente pela própria Administração Pública. As únicas ressalvas exigidas pela lei é que haja interesse público na formulação do acordo e que não cause prejuízo a direito de terceiros<sup>162</sup>.

Segundo Juliana Bonacorsi de Palma, a lei italiana tornou o agir administrativo mais flexível e propenso “a figuras atípicas de exercício da função administrativa”<sup>163</sup>. Giulio Napolitano, a seu turno, assevera que a alteração legislativa teve fundamental importância na medida em que antes, apesar de existirem elementos significativos de consensualidade, a exemplo das concessões de bens e serviços públicos, tais institutos foram considerados por muito tempo *atos unilaterais* da Administração Pública. Isto é, não se enxergava o elemento de consenso, apesar de existente intrinsecamente. Nesse sentido, foi a Lei de Processo Administrativo italiana de 1990 que consolidou a efetiva possibilidade de celebração de acordos no exercício da atividade administrativa, criando uma alternativa ao ato administrativo

---

discricionário do ato final em substituição aquele). No original: Art. 11. (Accordi integrativo o sostitutivi del provvedimento) 1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente puo' concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. (IT◻LIA. **Lei n. 241, de 8 de agosto de 1990**. Nova norma em matéria de procedimento administrativo e de direito ao acesso aos documentos administrativos. Roma: Presidência da República, 1998. Disponível em: <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-08-18&atto.codiceRedazionale=090G0294&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D241%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D1990%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1>. Acesso em: 4 mai. 2019).

<sup>162</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100.

<sup>163</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 102.

como instrumento único de regência na relação Administração-particular.

A lei italiana, a propósito, criou dois tipos diferentes de acordos com os particulares, que, em certa medida, também foram contemplados no artigo 26 da LINDB – conforme será demonstrado no capítulo terceiro. Estipulou o que denominou acordo *integrativo* e acordo *substitutivo*. O acordo integrativo, conforme destaca Juliana Bonacorsi de Palma, é aquele que precede o provimento administrativo final sem substituí-lo, tratando-se de acordo preliminar – interno ao procedimento. Segundo a autora, tais acordos apenas modelam e integram o ato final, que continua sendo de competência unilateral da Administração Pública<sup>164</sup>. Já o acordo substitutivo, como o próprio nome sugere, tem como característica precípua a substituição parcial ou completa do provimento final administrativo por um acordo firmado com o particular. Este modelo representa a consensualidade em toda a sua essência, pois neste caso um módulo cede ao outro.

Ademais, como anota Juliana Bonacorsi de Palma, “diante do caso concreto, a Administração Pública poderá agir de forma unilateral ou celebrar acordo substitutivo desta forma primeira de atuação administrativa”<sup>165</sup>. Ou seja, ao fim e ao cabo,

---

<sup>164</sup> Prossegue a autora sobre os acordos integrativos: “o acordo integrativo implica em negociação do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração em basicamente três vertentes: (i) condicionamento do ato final a uma obrigação consensualmente estabelecida, (ii) complementação consensual do provimento final e (iii) adequação do ato final mediante a substituição de um ato específico do processo. □. □ Tais acordos cabem em qualquer procedimento que envolva discricionariedade administrativa e, na qualidade de pactos preliminares ao ato final, são firmados na fase instrutória. Por não coincidirem com o ato final do processo administrativo, cuja produção remanesce na esfera de competência exclusiva da Administração Pública, os acordos integrativos geram efeitos somente às partes do procedimento. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 119).

<sup>165</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 119.

a escolha cabe ao ente administrativo, que deve optar entre o modelo imperativo ou consensual. Ambos os tipos de acordos presentes no processo administrativo italiano são aplicados em âmbito brasileiro, de modo que o segundo especialmente no direito administrativo sancionatório, onde a sanção unilateral dá lugar a um acordo que encerra o procedimento<sup>166</sup>. Ambas as modalidades de instrumentos consensuais na lei italiana têm em comum a função de tornar mais ágil a execução das decisões administrativas e, até mesmo, melhorar a qualidade das decisões de uma forma geral.

De toda forma, neste primeiro momento, ainda não havia segurança para aplicação do dispositivo como permissivo genérico, uma vez que ainda existia a previsão expressa de que tais acordos, embora previstos abstratamente na Lei de Processo Administrativo, estavam adstritos à reserva de lei em razão da expressão “*nei casi previsti dalla legge*”<sup>167</sup> (nos casos previstos em lei) constante no artigo 11. Ou seja, ajustes bilaterais só poderiam ser editados se houvesse permissivo em concreto, o que se assemelha em muito à noção de vinculação positiva da Administração Pública à lei que circunda o direito brasileiro. Isso só foi alterado pela reforma da lei de processo administrativo italiana por meio da Lei n. 15/2005, que suprimiu o trecho do dispositivo. Outra grande mudança, como ressalta Juliana Bonacorsi de Palma, também está no  $\square$  1-bis do artigo 1º da Lei n. 241/1990, ao prever que os atos consensuais seguem, via de

---

<sup>166</sup> Juliana Bonacorsi de Palma possui obra específica sobre o tema, apontando a relação direta entre a consensualidade e o direito administrativo sancionatório, especialmente por meio da adoção de acordos integrativos e substitutivos. Para maior aprofundamento, ver: PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>167</sup> ITÁLIA. **Lei n. 15, de 11 de fevereiro de 2005**. Alterações e adições à Lei n. 241/1990, concernentes às regras gerais sobre as ações administrativas. Roma: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-02-](http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-02-21&atto.codiceRedazionale=005G0028&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D15%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2005%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1)

[21&atto.codiceRedazionale=005G0028&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D15%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2005%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1](http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-02-21&atto.codiceRedazionale=005G0028&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D15%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2005%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1). Acesso em: 5 mai. 2019.

regra e salvo se lei dispuser em contrário, as normas de direito privado<sup>168</sup>.

No Direito espanhol, por sua vez, o maior traço da consensualidade reside na disposição do artigo 88 da Lei de Processo Administrativo (Lei n. 30/1992), que autoriza o que se chama de *terminação convencional* do processo administrativo<sup>169</sup>. A inserção desta modalidade de ato consensual decorreu, em essência, da constatação de disfuncionalidades no Direito Administrativo espanhol. A morosidade na tramitação dos processos e a qualidade insatisfatória das decisões neles proferidas levou, frente a uma necessidade eminentemente pragmática, à regulamentação dos já usuais acordos entre Administração Pública e particulares para terminação do processo administrativo<sup>170</sup>. Para maior clareza, confira-se o artigo 88:

Terminação convencional:

1. As Administrações Públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos com pessoas tanto de direito público como privado, sempre que não sejam contrários ao Ordenamento Jurídico nem versem sobre matérias insuscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público que em cada

---

<sup>168</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 106.

<sup>169</sup> Há, ressalta-se, outras formas de consenso no Direito espanhol, como destacam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: “É o caso dos acordos expropriatórios, isto é, da fixação do justo preço por acordo mútuo, que a LEF, art. 24, simplifica ao máximo, dando a este, além disso, preferência ao processo unilateral de determinação do justo preço por ela regulado e ao qual aquele pode colocar fim a qualquer momento. Outro tanto ocorre em matéria de contratos, cuja resolução por mútuo consenso foi introduzida pela Lei de Contratos do Estado de 1965, seguindo os passos da doutrina jurisprudencial e do Conselho de Estado anterior a ela (vide hoje arts. 206.c e 245.d LCSP). (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, v. II. Revisão de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 518).

<sup>170</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, v. II. Revisão de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 517-518.

caso preveja a disposição que o regule, podendo tais atos ter a função de finalizar os procedimentos administrativos ou se inserirem a eles em caráter prévio, vinculante ou não, à resolução que lhes ponha fim<sup>171</sup>.

O dispositivo é um permissivo genérico tal como o artigo 26 da LINDB, consolidando formas antes isoladas. A norma foi concebida para dar racionalidade a uma prática já existente na realidade do Direito Administrativo espanhol. Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes, o dispositivo em questão contribuiu em muito para imprimir maior celeridade aos processos administrativos, pondo fim à dúvida a respeito da ausência de previsão legal para a realização dos acordos entre as partes envolvidas no processo. Pontuam os autores que dispositivos como o artigo 88 da Lei de Processo Administrativo espanhol são salutares, na medida em que

□ a □ finalização por acordo entre as partes de um conflito existente entre elas pode representar a economia de esforços inúteis e, inclusive, longos processos cuja solução definitiva, vários anos demorada, não seria em nenhum caso mais benéfica,

---

<sup>171</sup> No original: “Terminación convencional. 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.” (ESPANHA, **Lei n. 30, de 26 de novembro de 1992**. Dispõe sobre o Regime Jurídico das Administrações Públicas e sobre o Procedimento Administrativo Comum. Madri: Chefia de Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1992/BOE-A-1992-26318-consolidado.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2019).

em razão dessa demora, para os interesses públicos<sup>172</sup>.

O modelo espanhol previsto no artigo 88, embora admita também os acordos integrativos, mais se aproximou dos acordos substitutivos. Nesse caso, prevalece, em primeiro lugar, a opção consensual que derroga o ato unilateral e imperativo. O objetivo é conferir à Administração novos ares, com a possibilidade de celebrar acordos (em sentido amplo) como forma consensual de resolução dos litígios dos quais fizer parte<sup>173</sup>. Como destaca Juliana Bonacorsi de Palma, a lei espanhola previu a possibilidade de acordos com os particulares de forma “ampla e atípica”. Assim, podem ser realizados conquanto obedeçam a requisitos formais mínimos previstos na lei, “não sejam contrários ao ordenamento jurídico, não versem sobre matérias insuscetíveis de transação e tenham por objeto a satisfação do interesse público”<sup>174</sup>.

De forma bastante breve, destaca-se também a presença de modelos consensuais na Lei Alemã de Processo Administrativo (*Erwaltungsverfahrensgesetz*). Pela previsão do respectivo §54, uma relação de direito público pode ser constituída, alterada ou anulada por acordos – que são denominados “contratos de direito público” ou contratos administrativos<sup>175</sup>. O dispositivo merece destaque por consolidar, tal como no direito privado, a lógica de vinculação negativa à lei<sup>176</sup> (que será tratada em tópico específico deste trabalho).

---

<sup>172</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, v. II. Revisão de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 517.

<sup>173</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 107.

<sup>174</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 107.

<sup>175</sup> Ressalta-se que o sentido de contrato administrativo empregado pela lei alemã é diferente do empregado no Brasil.

<sup>176</sup> A esse respeito, ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO->

Isto porque, segundo a primeira parte do texto legal, os acordos são admitidos *desde que não contrariem uma provisão legal* [soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen]<sup>177</sup>. No caso alemão, ao invés de se emitir um ato administrativo, a Administração Pública pode preferir celebrar um acordo com quem seria, na hipótese do provimento unilateral, o destinatário final do ato administrativo. Segundo Jorge Alves Correia e Andreas Isenberg, o termo “pode” consiste numa verdadeira autorização para que a Administração Pública celebre contratos, desde que dentro dos limites “do enunciado ou da proposição legal”. Para eles, os órgãos administrativos são livres para decidir tanto pela via unilateral e imperativa como pela consensual. Há, nesse sentido, grau de discricionariedade conferido às autoridades administrativas porquanto não estão vinculadas a decidirem por uma forma ou por outra<sup>178</sup>. Prosseguem afirmando que

a administração pode optar por cumprir os seus deveres mediante atuação unilateral, que poderá assumir a forma de uma decisão individual, ou, em alternativa, exercer os seus poderes mediante contrato administrativo, podendo, inclusivamente, combinar, na mesma atuação, a forma unilateral e a forma contratual [fala-se, assim, em atividade administrativa

---

JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf. Acesso em: 5 mai. 2019.

<sup>177</sup> No original: **§ 54** **„ul** **ssig** **„eit des** **ffentlich-rechtlichen Vertrags:** Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde. (ALEMANHA, **Lei de Processo Administrativo, de 25 de maio de 1976**. Berlim: Ministério da Justiça, 1976. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/VwVfG.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2019).

<sup>178</sup> CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. **Lei alemã do procedimento administrativo** **Verwaltungsverfahrensgesetz** **YwVfG**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 74.

consensual'(konsensuales  
Verwaltungshadeln)<sup>179</sup>.

Bem se vê da seção 54 e seguintes que há uma série de instrumentos de consenso no Direito Administrativo alemão, citando-se, a título de exemplo, contratos de transação e de troca. A lei também tratou de regulamentar os ritos formais e as hipóteses de nulidade dos respectivos acordos<sup>180</sup>.

O panorama brevemente delineado acima acaba se mostrando importante tanto pelo resgate histórico, como para atestar a tese aqui exposta de que o fenômeno evolutivo da Administração Pública, especialmente no que se refere à consensualidade, vem ganhando força nas últimas décadas. Isto porque um olhar mais atento sobre duas das leis acima mencionadas (Itália, Espanha), aponta que nesses dois países a consensualidade consolidou-se justamente a partir da década de 1990, momento onde acredita-se ter havido a intensificação do fenômeno consensual em razão das novas configurações do Estado Pós-Social.

Da mesma forma, evidencia-se que a Europa continental (agora representada pelos três países citados acima) está mais avançada e acostumada com a consensualidade, uma vez que no Brasil a efetiva consolidação de um permissivo genérico para celebração de acordos com os particulares só foi acontecer em 2018, aproximadamente 30-35 anos depois. De outro ângulo, as páginas anteriores também foram importantes porque alguns dos instrumentos apontados influenciaram significativamente a redação final do artigo 26 da LINDB (do que se encarregará o terceiro capítulo).

Em tom de fechamento do tópico, tendo em vista que os parágrafos anteriores são suficientes para a compreensão do fenômeno consensual, no que toca ao recorte feito para a pesquisa, entende-se pertinente o aprofundamento do tema em

---

<sup>179</sup> CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. **Lei alemã do procedimento administrativo** *Verwaltungsverfahrensgesetz* *VwVfG* □ Coimbra: Almedina, 2016. p. 74.

<sup>180</sup> Para maior aprofundamento a respeito do panorama alemão, ver: CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. **Lei alemã do procedimento administrativo** *Verwaltungsverfahrensgesetz* *VwVfG* □ Coimbra: Almedina, 2016. p. 74 e seguintes.

âmbito brasileiro. Os próximos tópicos, nessa esteira, tratarão dos pressupostos e do panorama geral da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro.

### 3.3 BASES E PRESSUPOSTOS DA CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

No mesmo norte do que se expôs em âmbito internacional, não se pode concluir pela existência de um marco temporal ou espacial no que se refere à consensualidade no Direito Administrativo brasileiro. Por outro lado, é possível falar numa evolução no sentido de aperfeiçoamento do fenômeno e de sua aplicação pela Administração Pública. Antes, previsto de forma bastante pontual e esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, hoje já é bastante plausível falar em uma efetiva consolidação via positivação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Apesar de relativamente tarde se comparado com países europeus, a alteração é bem-vinda. Ressalta-se que os institutos, em concreto, serão tratados logo no próximo tópico.

A consensualidade em âmbito brasileiro encontra bases em todas suas esferas, de ponta a ponta, de nível internacional a infralegal.

A título de exemplo, cita-se que a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, coordenada pela Organização das Nações Unidas e assinada pelo Brasil, inclui, por exemplo, dentre seus princípios e metas fundantes, a ideia de consenso na tomada de decisões públicas. O documento reúne de forma sistematizada um conjunto de ações e diretrizes resumidas em 17 objetivos concretos para a erradicação gradativa da pobreza e a consolidação do desenvolvimento sustentável em três dimensões: econômica, social e ambiental. A meta número 16.7 do objetivo 16 dispõe que é dever dos países membros a garantia da “tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis”<sup>181</sup>. A medida é corolário da ideia de consensualidade e abraça tanto a ideia da inclusão dos particulares na tomada de

---

<sup>181</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/i7vnYH/>. Acesso em: 16 abr. 2019.

decisão como a busca por decisões mais dialógicas<sup>182</sup> – o que sintetiza o sentido amplíssimo de consensualidade trazido no início do presente capítulo. E mais, justamente por se tratar de uma meta de desenvolvimento previsto na Agenda da ONU, fica claro que se está diante de um movimento não só adotado pelo Brasil, de forma isolada, mas de um verdadeiro programa ou compromisso mundial.

A Constituição da República também consolidou a consensualidade em seu preâmbulo<sup>183</sup> ao dispor que o Brasil buscará “a solução pacífica das controvérsias”, que, embora careça de força normativa<sup>184</sup>, indica um norte ao Direito brasileiro e às próprias disposições do texto constitucional. Ademais, o inciso II do artigo 4º da Constituição reforça o mote de solução pacífica dos conflitos. É verdade, reconheça-se, que o dispositivo trata da consensualidade nas relações internacionais das quais o Brasil faça parte, mas não há razão para se entender que se deva atuar de forma diversa em âmbito interno<sup>185</sup>. Isto é, se se busca a consensualidade

---

<sup>182</sup> CUNDA, Daniela Zago Gonçalves; REIS, Fernando Simões. Termos de ajustamento de gestão: perspectivas para um controle externo consensual. **Revista do TCU**, ano 49, n. 140, p. 94-103, set./dez. 2017. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/83>. Acesso em: 16 abr. 2019.

<sup>183</sup> É o inteiro teor do preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, **fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988.) (grifo nosso).

<sup>184</sup> A ausência de força normativa do preâmbulo é controvertida. A respeito, ver: PEREIRA JÚNIOR, Edilson Nobre. O preâmbulo e seu componente normativo. **A C Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 47-61, jan./mar. 2015.

<sup>185</sup> GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Comentários ao artigo 4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira.; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 171-174.

em âmbito externo, é natural que se persiga o mesmo princípio em âmbito nacional.

A nível infraconstitucional, percebe-se que a consensualidade foi elevada à pedra fundamental pela legislação processual brasileira. À guisa de exemplo, este pesquisador, em coautoria com Pedro de Menezes Niebuhr e Cláudio Ladeira de Oliveira, já teve a oportunidade de tecer considerações a respeito da relação entre a consensualidade e o modelo cooperativo de processo civil<sup>186</sup>.

A dinâmica processual segue a tônica consensual, o que pode ser visto por dois ângulos. Em primeiro lugar, deu-se destaque, logo no artigo 3º do Código de Processo Civil, a título de norma fundamental processual, a máxima de que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Veja-se que, embora o texto constitucional tenha ficado silente a respeito, fazendo menção apenas aos conflitos em âmbito internacional, o Código de Processo Civil, de outra mão, expressamente enfatizou a alma consensual naquela que é uma das principais legislações no que toca à aplicação prática do direito nacional. Tanto assim o é, que o Código se aplica a todos os litígios de natureza civil e, supletiva e subsidiariamente, aos processos “eleitorais, trabalhistas ou administrativos”<sup>187</sup>.

Não suficiente, a legislação processual estimula, a todo tempo, a ideia de cooperação no processo. E isso decorre necessariamente de uma mudança também na concepção de

---

<sup>186</sup> NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n. 3, 3º quadrimestre de 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13827/7837>. Acesso: 5 mai. 2019.

<sup>187</sup> Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>)

modelo processual. O modelo consensual contrapõe tanto o modelo adversarial de processo, onde há “livre competição” entre as partes, que assumem o papel de protagonistas, cabendo ao juiz papel praticamente passivo; como também contrapõe o modelo inquisitorial, onde o juiz é o protagonista “e o direito, diferente de ser descoberto, já está posto pelo Estado”. Nesse modelo de processo, as partes são ofuscadas, cedendo a condução do processo ao juízo<sup>188</sup>.

Como já se destacou em artigo específico sobre o tema,

□□ dois sistemas não estão necessariamente incompatíveis entre si. No processo civil brasileiro há equilíbrio entre essas duas formas, na medida em que algumas matérias o legislador conferiu maiores traços de dispositividade (instauração do processo e fixação do objeto litigioso) e, em outras, maior inquisitorialidade (investigação probatória, efeito devolutivo dos recursos)<sup>189</sup>.

O processo civil contemporâneo abre espaço, nesse ínterim, portanto, para um terceiro modelo: o cooperativo. Também elevada à condição de norma fundamental do processo, a

---

<sup>188</sup> NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n. 3, 3º quadrimestre de 2018. P. 1551-1552. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13827/78>. Acesso: 5 mai. 2019.

<sup>189</sup> NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n. 3, 3º quadrimestre de 2018. P. 1552. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13827/78>. Acesso: 5 mai. 2019.

cooperação está expressamente prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil, que impõe (e não apenas faculta) o dever das partes de cooperarem entre si para a obtenção de uma decisão de mérito “justa e efetiva” e em tempo razoável. Ou seja, o legislador preocupou-se com dois pontos fundamentais e problemáticos no panorama processual então vigente, destacados no capítulo anterior: a morosidade dos provimentos de mérito e a qualidade das decisões. Ambos atingem em cheio a Administração Pública justamente tendo em vista que se trata da maior litigante brasileira, nas três esferas federativas, de acordo com os dados oficiais do CNJ trazidos no primeiro capítulo: A ideia da lei confirma o que se advoga nesta dissertação, no sentido de que as soluções consensuais trazem otimização ao processo – tanto no sentido qualitativo como temporal –, o que se demonstra pela preocupação da lei processual em sistematizar as formas alternativas de solução de conflitos.

Evidente, como já se destacou outrora, que deve ser afastada uma visão romântica da cooperação e da consensualidade no processo. As partes, na maciça maioria das vezes, estão em posição de confronto de interesses e indispostas ao diálogo. Querem um provimento de mérito favorável, querem ganhar. Não é diferente com os agentes públicos que igualmente são atores do processo (Poder Judiciário e Ministério Público), ambos com rotinas atribuladas e um sem número de ações para cuidarem. Há, também, metas judiciais e de produtividade a serem batidas, o que pode desestimular o modelo cooperativo. A questão é que a lógica da cooperação diz muito mais ao procedimento em si do que ao mérito da causa. Como destacou-se naquela oportunidade:

A rigor, não se pretende, com a cooperação, que uma parte litigante ajude a outra a satisfazer seus interesses particulares. Não é isso que está em causa. A cooperação, a partir de uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil, parece dizer respeito muito mais à necessidade de observância de um contraditório substancial, da vedação da decisão surpresa, da primazia do julgamento do mérito, dos deveres de boa-

fê e lealdade processual, bem como na fundamentação das decisões judiciais<sup>190</sup>.

Não destoa Daniel Mitidiero, para quem a cooperação atua nas regras do “jogo”. “[O] juiz tem os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação”<sup>191</sup>.

Por fim, a legislação processual também positivou e incentivou a adoção de formas alternativas de solução de conflitos, a exemplo da mediação, conciliação e transação judicial, bem como impôs à Administração Pública obrigatoriedade de criação de câmaras de conciliação específicas<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n. 3, 3º quadrimestre de 2018. p. 1554. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13827/7837>. Acesso: 5 mai. 2019.

<sup>191</sup> MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 147 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. p. 73.

<sup>192</sup> Dispõe o Código de Processo Civil: Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

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

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação. (BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 17 de março de 2015. Disponível em:

Com todo esse esforço, tem-se que a lógica cooperativa do processo se aproxima em muito da lógica consensual no Direito Administrativo. Isso fica evidente pela valorização da vontade das partes, na contratualização (negócios jurídicos processuais), acordos e outras formas de resolução de conflitos. Deixa-se de lado, claramente, no plano legal, um modelo rígido e formalista. Nesse sentido, “o sistema de resolução de conflitos estabelecido no Código de Processo Civil caminha harmoniosamente, lado a lado, com o novo paradigma consensual do Direito Administrativo”<sup>193</sup>.

Importante destacar, nesse íterim, que embora a abertura da Administração Pública à consensualidade tenha se dado por motivações próprias que não necessariamente as mesmas que levaram ao mesmo movimento em relação ao Processo Civil, é de se verificar que as alterações que começaram a se verificar com mais intensidade principalmente no final da década de oitenta e na década de 90 (criação dos Juizados Especiais, Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor) criaram um cenário propício para as alterações legislativas voltadas à promoção da celeridade processual (civil, penal ou administrativa), que atinge diretamente a Administração Pública.

Partindo-se para outro exemplo na esfera infraconstitucional, mas seguindo as matrizes de transformação tanto na Administração Pública como no Processo Civil, a Lei n. 13.140/2015 sedimentou, de vez, a lógica da mediação no âmbito administrativo. A norma dá o poder para que cada ente federativo edite seu próprio regulamento a fim de disciplinar a forma pela qual se guiará a autocomposição, destacando-se também a força executiva do acordo firmado em âmbito extrajudicial e a suspensão

---

[http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2015-](http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)

[2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 5 mai. 2019).

<sup>193</sup> NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n. 3, 3º quadrimestre de 2018. p. 1554. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13827/7837>. Acesso: 5 mai. 2019.

da prescrição pela instauração do procedimento que vise a solução consensual dos conflitos.

Outro ponto interessante, e com aparente pretensão de fulminar os conflitos judiciais de massa na Administração Pública, é o artigo 35 da Lei n. 13.140/2015<sup>194</sup>, ao dispor que as “controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão □.□”<sup>195</sup>.

Não se descarta do fato de que a Lei n° 13.140/2015 deu importantíssimo passo no caminhar para a consolidação da consensualidade na Administração Pública. Não obstante, a presente pesquisa pretende analisar, especificamente, a previsão constante no artigo 26 da LINDB, porque ela se consubstancia em verdadeiro e amplo permissivo geral genérico para a Administração Pública, em todas suas esferas de atuação, celebrar ajustes dos mais diversos. A previsão da Lei n. 13140/2015, noutro ângulo, apesar de importante, trata apenas da

---

<sup>194</sup> BRASIL. **Lei n. 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; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o □2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 29 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/□3/□ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 5 mai. 2019.

<sup>195</sup> Os autores destacam, a título de exemplo, que a figura da transação por adesão pode ser exemplificada pelas ações de massa e os respectivos acordos por adesão para recomposição das perdas da poupança desencadeadas nas décadas de 80 e 90. De toda forma, há relevantes críticas ao instituto, que reduzem significativamente a discricionariedade da Administração Pública para escolher, no caso concreto, a melhor forma de composição. A respeito, ver: NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n. 3, 3º quadrimestre de 2018. p. 1559. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13827/7837>. Acesso: 5 mai. 2019.

autocomposição por meio de instrumentos específicos como a mediação e através de câmaras de prevenção e resolução de conflitos – o que, aos olhos do pesquisador e sem desmerecer a grandeza do instituto e as boas intenções da lei, pode ter aplicação limitada. De toda forma, a menção é importante em primeiro lugar para diferenciar os institutos e, em segundo, para demonstrar a evolução do panorama consensual no Direito brasileiro.

### 3.4 CARACTERÍSTICAS

A consensualidade possui características que a diferenciam sensivelmente do modo impositivo e unilateral de Administração Pública. Ainda que não se possa ignorar que as características que serão abordadas abaixo também estão presentes, em menor escala, no modelo autoritário, o fato é que a Administração Pública consensual as coloca como pedra de toque, conduz a protagonistas do agir administrativo.

De toda forma, é importante destacar, antes de se abordar tais características em concreto, que a consensualidade é, em primeiro lugar, como destaca Juliana Bonacorsi, “técnica de gestão administrativa”<sup>196</sup>. Isto é, trata-se de um modelo de gestão cujo instrumento precípua de atuação é o acordo. É ele que servirá como meio para a perseguição do fim de interesse público a que a Administração Pública está adstrita. Mudam-se os meios, mas a finalidade é mesma. Antes, buscava-se a satisfação do interesse público por meio da forma impositiva, valendo-se dos atos administrativos. A tônica continua sendo a satisfação do interesse público, mas agora preponderantemente pela via dos acordos. Nesse sentido, como elucida Adilson Abreu Dallari,

□□ optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma

---

<sup>196</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público<sup>197</sup>.

A todas as luzes, como dito, a consensualidade pressupõe a existência de características que lhe servem de base para a compreensão e aplicação do fenômeno com maior rigor técnico e segurança jurídica, do que cuidarão os próximos tópicos.

### 3.4.1 Eficiência e instrumentalidade do Direito Administrativo

Da segunda metade em diante da década de 1990 verificou-se uma preocupação substancial com a ideia de eficiência na Administração Pública brasileira, que acabou ganhando *status* de princípio pelo artigo 37 da Constituição, por meio da Emenda Constitucional n. 19/1998. Os estudiosos do Direito Administrativo da época debruçavam-se sobre a dimensão do princípio, principalmente acerca da sua aplicabilidade na prática administrativista. Até hoje a questão é palco de controvérsias.

Evidentemente, não cabe a este trabalho destrinchar todos os possíveis significados e nuances da eficiência, de modo que a análise estará adstrita à sua relação com o fenômeno da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro.

Há uma série de significados para a eficiência no que se refere à Administração Pública, dentre os quais destacam-se três principais. A eficiência pode ser entendida tanto como (i) um sinônimo de “boa-administração”; (ii) um comando geral de otimização da decisão administrativa; e, por último, (iii) como um dever de escolher o meio mais apropriado, dentre os disponíveis para que se alcance o maior ponto de eficiência no caso concreto<sup>198</sup>.

Em breve síntese, o primeiro significado parece carecer de maior respaldo jurídico-normativo. Associar a eficiência à ideia de boa administração não acrescenta praticamente nada ao que

---

<sup>197</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d51337&pdiCntd=51337>. Acesso em: 9 abr. 2019.

<sup>198</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 120.

sempre se defendeu em matéria de gestão pública. Uma boa administração é o que sempre se esperou, na medida em que nenhum ordenamento jurídico projetaria uma má administração por natureza. Logo, não faria sentido positivar, pela via principiológica, uma ideia que já é intrínseca à própria existência da Administração Pública<sup>199</sup>.

A segunda corrente é a que guarda maior respaldo entre os estudiosos do Direito Administrativo e tem por baliza a ideia de eficiência como a busca por qualidade na tomada de decisão administrativa. Maior qualidade na decisão significa, por esta

---

<sup>199</sup> Há autores, como Juarez Freitas, que elevam o conceito de boa administração à dimensão de princípio. O autor entende que se trata, inclusive, de um direito fundamental que se impõe como dever à Administração Pública, para que seja “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas” (FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22). É comum, portanto, a associação da ideia de “boa administração” tanto à eficiência, como a um princípio autônomo. Carla Amado Gomes, de outra mão, tem tratado de discorrer e, principalmente, desmistificar a assertiva de que a “boa administração” tenha, por si só, valor principiológico. O trabalho da autora é no âmbito da União Europeia, mas suas conclusões servem ao parâmetro brasileiro – até porque o dito princípio da boa administração é outra importação do direito estrangeiro. Assevera que “fica claro que a [boa administração], no que ao controlo de juridicidade respeita, nada acrescenta aos parâmetros de que as entidades administrativas e os tribunais administrativos já dispõem. A boa administração visa sobretudo fornecer uma noção síntese que se prende ao odo de decidir procedimentalizado das Administrações modernas pelo que, quando confrontada com princípios materiais e direitos procedimentais, é absorvida pela concretude destes. O que nos leva a concluir que a [boa administração] enquanto noção decorativa, é um clássico que já ultrapassou o meio século, mas enquanto noção operativa não passa de uma tendência efémera, que não resistirá a mais exuberantes novidades das próximas estações. (GOMES, Carla Amado. Princípio da boa administração: tendência ou clássico? **A C Revista de Direito Administrativo □ Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 35-55, jul./set. 2018. p. 53). No mesmo sentido, ver: GOMES, Carla Amado. A “boa administração” na revisão do CPA: depressa e bem... **Instituto de ciências jurídico-políticas □ IC P**. nov. 2013. Disponível em: <https://www.icjp.pt/debate/4268/4337>. Acesso em: 12 mai. 2019.

linha, melhor satisfação do interesse público. Conforme destaca Juliana Bonacorsi de Palma, “o princípio da eficiência, nos termos dessa proposição, incidiria também sobre o exercício da competência administrativa pela Administração, ao requisitar a presença de elementos potencializadores de um procedimento mais célere e técnico, por exemplo”<sup>200</sup>.

A avaliação de eficiência pela terceira corrente, por sua vez, consiste em verificar todas as opções de atuação à disposição da Administração Pública e, dentre elas, achar, por meio de técnica ponderativa, o caminho mais adequado para agir – o mais eficiente, por assim dizer. A eficiência, aqui, goza de valor metodológico e serve para que se decida a melhor forma à consecução do interesse público. Trazendo para o tema do trabalho, a aplicação da eficiência num modelo de Administração Pública consensual passa necessariamente pela escolha entre uma decisão pela via impositiva e unilateral ou pela via consensual. Além disso, ainda que escolhida uma das vias, há inúmeras possíveis escolhas dentro de cada uma, isto é, há uma plêiade de decisões viáveis tanto por meio da via imperativa como da consensual. De toda sorte, a eficiência consiste em eleger, na medida do possível, a decisão mais adequada à satisfação do interesse público<sup>201</sup>.

Como dito no capítulo anterior, a consensualidade e a imperatividade não são totalmente excludentes dentro do mesmo modelo. Não significa que a adoção de uma postura consensual de Administração Pública vá derogar, por inteiro, a via impositiva ou vice-versa. Por vezes, é evidente que a via imperativa será mais eficiente e atingirá o resultado almejado de forma mais contundente. No entanto, em uma série de outras vezes, o caminho consensual entremostrará-se mais eficiente.

O ideal é que haja alternância entre as vias consensual e imperativa. Sozinha, a consensualidade pode não ter eficácia por

---

<sup>200</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 121.

<sup>201</sup> Conforme destaca Juliana Bonacorsi de Palma, essa escolha consistente tanto “na seleção do instrumento jurídico a ser adotado para satisfação das competências administrativas quanto sobre a conformação do instrumento eleito, especialmente sua intensidade. Desta forma, a decisão eficiente seria aquela cujos meios se mostrem os mais adequados, ou simplesmente adequados, para a promoção de determinada finalidade”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 122).

faltar, como elemento de persuasão, o receio de aplicação de sanções pela Administração Pública, que pode fazer valer a autoridade e seguir o caminho imperativo. A ameaça de sanção é um incentivo e um mecanismo de segurança para a Administração Pública poder fazer acordos com menor risco de fracasso. Da mesma forma, com a imperatividade, sozinha, esvazia-se a possibilidade de soluções alternativas e mais eficazes, e que trazem o elemento participativo do particular para a consecução do interesse público<sup>202</sup>.

Na tomada decisão entre uma via e outra, geralmente dois aspectos são levados em conta pelo administrador público: a decisão mais eficiente pode ser entendida tanto como aquela que gera o menor custo, maximizando a utilização dos recursos da máquina pública (tanto humanos, como financeiros em si) com o maior benefício possível<sup>203</sup>, como também pode ser vista sob a ótica da proporcionalidade, ou seja, a escolha da decisão mais eficiente seria aquela que, não necessariamente trará o maior custo-benefício, mas aquela que é tomada levando-se em consideração um critério de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)<sup>204</sup>. Inclusive, é possível que os dois requisitos coincidam numa mesma situação fática concreta.

---

<sup>202</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 129.

<sup>203</sup> Essa é, por exemplo, a posição de Marçal Justen Filho para quem a “eficiência consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico e político. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 503).

<sup>204</sup> É como defende Alexandre Santos Aragão: “A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos”. (ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. **Revista Brasileira de Direito Público** □ **RBDP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 75-80, jan./mar. 2004, p. 75).

De toda forma, o que importa para os fins da presente pesquisa, é que, por meio da eficiência, denota-se o caráter instrumental do Direito Administrativo no que se refere à satisfação das finalidades públicas. Como destaca Juliana Bonacorsi de Palma,

□□ institutos de direito administrativo seriam instrumentos voltados à satisfação de finalidades públicas específicas, que não apenas o vago interesse público, e, enquanto legítimas ferramentas de promoção das funções, admitiriam análises e ponderações das quais resultaria a escolha de uma dentre várias opções igualmente legítimas. Ao considerar o meio de alcance das finalidades públicas com um indiferente, os institutos de direito administrativo passam a ser qualificados como *instrumentais e fungíveis* em relação ao fim de interesse público que pretendem satisfação: para formação da decisão eficiente, um ou outro instituto de direito administrativo pode ser utilizado, assim como o instrumento escolhido pode assumir uma outra conformação<sup>205</sup>.

O que se quer dizer com isso é que a Administração Pública tem à sua disposição uma série de mecanismos para agir, todos teoricamente voltados à consecução de uma finalidade pública. Trilhar o meio consensual não significará, portanto, que essa finalidade pública deixará de ser perseguida, mas tão somente que o caminho escolhido para a sua persecução é outro que não o mais tradicional, “confortável” ou conservador. O padrão, pelo Direito Administrativo clássico, como se viu, é a adoção dos mecanismos imperativos de tomada de decisão. No entanto, como igualmente exposto, tal modelo por vezes demonstrou-se falho e inapto à satisfação dessas finalidades.

A título de exemplo, no que se refere à resolução dos conflitos entre a Administração Pública e o particular, a via judicial

---

<sup>205</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 124.

é, sem dúvidas, um meio hábil e também conforme à satisfação do interesse público. Nos casos em que a Administração Pública está legitimamente perseguindo um direito a que faz jus, é de se pressupor que a tutela final judicial e a satisfação/concretização desse direito (a cobrança de uma dívida de um grande devedor, v.g.) certamente atingirá o interesse público. Por outro lado, o número de conflitos envolvendo a Administração Pública, que trazem consigo a morosidade e a dificuldade de satisfazer esse direito, faz com que, no final das contas, a tutela judicial seja o caminho menos eficaz a ser seguido. Nesses casos, um acordo com o particular poderia igualmente prover esse interesse público. Evidente que talvez não atingisse integralmente o objetivo ideal (adimplemento integral da obrigação), mas certamente seria a melhor realidade possível dentro daquele quadro fático que se desenhou.

Além disso, apesar de inviável o retorno econômico direto com o adimplemento integral da dívida pelo devedor, há vantagens pela garantia de recuperação de boa parcela do valor, bem como a economia com recursos humanos e materiais em razão do custo com o prosseguimento de uma ação que provavelmente não teria um resultado tão eficiente. A mesma lógica se aplica aos problemas enfrentados nos processos administrativos. Como pontuam Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, especialmente em relação ao Direito Administrativo sancionatório, mas cujas conclusões podem ser estendidas a outros ramos, por vezes a imposição de sanções pode ser medida inócua. Isso em razão de fatores como a morosidade na consolidação administrativa e judicial do débito, bem como na falta de diretrizes claras a respeito do que fazer com os recursos eventualmente recolhidos a título de sanção, especialmente em razão de restrições na reversão desses valores em investimentos. Por outro lado, uma compensação consensual com efeitos imediatos pode, de forma mais eficaz, satisfazer o interesse público<sup>206</sup>.

Não é diferente quando a Fazenda Pública está no polo passivo da ação. Difundiu-se, na prática do Direito Administrativo,

---

<sup>206</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 143.

o que se pode denominar de dogma ou preconceito<sup>207</sup>, quase que sem ressalvas, consubstanciado na ideia de que a Administração Pública tem praticamente um dever de permanecer em litígio, até o último recurso cabível na derradeira das instâncias, para só então – quando não restar mais nenhum recurso processual – reconhecer sua já conhecida derrota. A propósito, abra-se parênteses para ressaltar que não raro a audiência inicial de conciliação, tornada ato obrigatório pelo novo Código de Processo Civil, acaba por ser de pronto fulminada no despacho inicial, ao argumento de que o interesse público é indisponível e, portanto, deve-se pular a etapa conciliatória. Contrapondo essa lógica, são elucidativas as considerações de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

A Administração não é obrigada a, pela simples existência do litígio, deixar de reconhecer direitos que sejam, em sua análise mais atual, realmente devidos. □.□ Não é a existência de litígio, ou mesmo a existência de um débito já em face de execução judicial, que impede a Administração de adotar uma postura conciliatória. A Administração, nestes casos, não se encontra permanentemente obrigada a uma atitude de conflito ou resistência em relação ao demandante.

Não existe regra jurídica expressa que proíba a adoção do acordo (judicial ou extrajudicial) por parte da Administração Pública<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> A expressão é de Adilson Abreu Dallari: “Fundados em antigo preconceito, no sentido da necessária oposição entre o interesse público e o particular, entendem alguns que a Administração Pública em Juízo não pode transigir, não pode desistir e está obrigada a prosseguir em qualquer feito, indefinidamente, enquanto houver algum recurso abstratamente possível”. (DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d51337&pdiCntd=51337>. Acesso em: 9 abr. 2019).

<sup>208</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. **Revista Brasileira de Direito**

Seguindo a mesma linha, Adilson Abreu Dallari complementa o raciocínio:

O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública. Não há interesse público legítimo ao se procrastinarem pagamentos efetivamente devidos, pois o interesse público está na correta aplicação da lei, de acordo com a melhor interpretação possível diante do caso concreto, em benefício da coletividade, dos cidadãos integrantes da coletividade<sup>209</sup>.

Na linha do que se expôs, e em tom de conclusão do tópico, hoje preza-se cada vez mais pela funcionalidade do Direito Administrativo, em detrimento da formalidade e da burocracia sem sentido prático, num modelo cuja função signifique a “prestação eficaz das competências administrativas por meio de instrumentos jurídicos adequados e resultados concretos satisfatórios ao desenvolvimento econômico-social”<sup>210</sup>. Prossegue Juliana Bonacorsi de Palma:

*Instrumentalização e funcionalização do direito administrativo ensejam a abertura à consensualidade, na medida em que, conforme o critério racional que se adote para delimitar o conteúdo de ‘decisão eficiente’, os acordos celebrados entre Administração Pública e administrado*

---

**Público** □ **RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./ set. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>. Acesso em: 9 abr. 2019.

<sup>209</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d51337&pdiCntd=51337>. Acesso em: 9 abr. 2019.

<sup>210</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 126.

podem ser uma possível opção de escolha, admitindo ponderações de eficiência no caso concreto juntamente com o ato administrativo imperativo e unilateral. De semelhante forma, a decisão unilateral da Administração pode ser mais eficiente mediante prévia celebração de acordos administrativos para conformá-la, no caso dos acordos integrativos<sup>211</sup>.

A ideia que se defende é que as formas consensuais de atuação, via de regra, apresentam-se mais consentâneas a uma Administração Pública eficiente, sem que isso exclua necessariamente, de forma integral, a via imperativa. Isto porque, conforme elucida Alexandre Santos de Aragão, o caráter instrumental do Direito Administrativo, no que toca à realização de suas finalidades, tanto legais, como constitucionais, tem relação direta e demanda, inclusive, a consensualidade<sup>212</sup>, “no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades (efeitos colaterais)” [..]<sup>213</sup>.

Sob todas as luzes, defende-se que a adoção da consensualidade seja preferencial na tomada de decisões públicas. Não que o modelo consensual deva ser necessariamente escolhido em todos os casos, mas, pelo menos, que ele seja posto à mesa como uma opção. Onde antes se tinha apenas uma saída, pela via imperativa, quer-se que, com a consensualidade, e especialmente diante da nova previsão do artigo 26 da LINDB, a via consensual seja necessariamente levada em consideração. As vantagens nesse modelo são inúmeras, como ilustra Juliana Bonacorsi de Palma:

---

<sup>211</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 126-127

<sup>212</sup> A demanda por decisões mais eficientes também propiciou a abertura à consensualidade, na visão de Odete Medauar. A respeito ver MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 213.

<sup>213</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005. p. 294.

A consensualidade gera, a princípio, outra ordem de efeitos, compreendidos no elogio ao consenso: eficácia da decisão administrativa, freio à judicialização da decisão administrativa, possibilidade de haver decisões mais proporcionais ao potencial gravame, paridade entre Administração Pública e administrado, economia de tempo e de custos e adequação às especificidades setoriais e do caso concreto. Se a Administração Pública buscar aproximar o administrado de suas decisões, então, o ato consensual será preferido<sup>214</sup>.

Evidenciada a eficiência com uma das pedras angulares da consensualidade, cabe analisar o próximo pilar, igualmente importante.

### 3.4.2 Participação popular

A participação popular é um dos fenômenos da evolução da postura da Administração Pública, como já destacado no início deste trabalho. Representa também o sentido amplíssimo de consensualidade, como delineado nos tópicos anteriores<sup>215</sup>. Gustavo Justino de Oliveira define a participação popular (ou administrativa, nas suas palavras) “como a intervenção individual

---

<sup>214</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 128.

<sup>215</sup> “Para a vertente doutrinária que adota o critério de participação administrativa para delimitar a atuação administrativa consensual, a consensualidade se manifestaria em qualquer aproximação entre particulares e Administração Pública, independente de formalização contratual. A consensualidade estaria, assim, intrinsecamente relacionada à participação administrativa, razão pela qual seus principais instrumentos seriam, além daqueles compreendidos na consensualidade em sentido amplo (acordos intragovernamentais, contratos administrativos, acordos mediados, ajustes de conduta e acordos para fins de controle), aqueles outros próprios de participação administrativa, quais sejam: a audiência pública e a consulta pública”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 241).

ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a administração pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas”<sup>216</sup>.

Da mesma forma, Odete Medauar pontua que a presença do particular é uma tendência corrente no Direito Administrativo contemporâneo, que tem por consequência a ruptura de uma imagem de “dualidade radical entre Administração e administrado”, bem como a diminuição no binômio autoridade/liberdade<sup>217</sup>.

Para a autora, o fomento de mecanismos de participação popular alimenta a busca pela consecução do interesse público juntamente à Sociedade, que deixa de ser visto como monopólio estatal. Decorre daí um movimento de decréscimo de unilateralidade e discricionariedade (no sentido negativo da palavra) na edição dos atos administrativos; e incremento, de outro lado, das formas lastreadas no consenso e na composição de interesses.

Além disso, há prestígio ao princípio da publicidade, uma vez que a participação popular pressupõe maior disponibilização à Sociedade dos temas de relevo coletivo e a necessidade de que a eles seja dada a devida transparência<sup>218</sup>. Além disso, torna-se cada

---

<sup>216</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. **Prismas: Dir. Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-105, 2008. p. 92.

<sup>217</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 294-295.

<sup>218</sup> Prossegue Gustavo Justino de Oliveira, a respeito das vantagens da participação administrativa: “Em segundo lugar, possibilita aos cidadãos maior e melhor informação e conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos, harmonizando-se com o preconizado no inc. XXXIII do art. 5º da Constituição da República. Esse caráter informativo integra, ainda, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstas no inc. LV do art. 5º da Carta Magna. Contudo, possível é afirmar que os mecanismos participativos exercem um duplo papel informativo. De um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de outro, habilitam o órgão administrativo decisor, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, pois estabelece maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa”. (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. **Prismas: Dir. Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-105, 2008. p. 92).

vez mais imperiosa não somente a mera disponibilização da informação, mas a sua comunicação em linguagem acessível e que permita maior aproximação entre os atores envolvidos.

Adicionalmente, como acentua Gustavo Justino de Oliveira, cria-se maior espaço para debate e negociação na esfera pública. Isso decorre especialmente da necessidade de harmonização de diversos interesses envolvidos (cidadãos, Administração Pública, sociedade civil organizada e empresas privadas), com o objetivo de compor a melhor solução no equilíbrio de interesses por vezes contrapostos – interesses estes que, num modelo imperativo, também existem, mas estão em posição de tal tensão que não admitem outra saída a não ser pela via do litígio<sup>219</sup>. Repita-se que não se defende aqui uma visão romântica em que todos esses interesses vivem de forma harmônica, muito pelo contrário. É natural que tais agentes estejam em constante disputa de interesses, cada qual buscando privilegiar, de certa, forma a consecução de seu próprio. Sucede que um modelo consensual de Administração Pública permite que floresçam formas alternativas e eficientes de composição destes interesses, além da via tradicional do conflito direto.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a participação popular passa por três momentos distintos. Enquanto no Estado Liberal, a forma precípua de participação se dava por meio da delegação de serviços públicos; no Estado Social, em razão da “multiplicação dos interesses públicos, dos interesses difusos, dos interesses coletivos”<sup>220</sup>, há a diminuição na distância entre o Estado e a Sociedade e, com isso, o aumento de instrumentos e formas colaborativas entre particular e Administração Pública – especialmente no fomento a atividades econômicas e paraestatais.

A Administração Pública contemporânea, por sua vez, consolida a participação do particular na tomada de decisões públicas por meio da implementação de instrumentos de controle direto da Administração e de mecanismos que impõem a necessidade (pelo menos em tese) de que os particulares sejam

---

<sup>219</sup>OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. **Prismas: Dir. Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-105, 2008. p. 93.

<sup>220</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993. p. 30-31.

escutados. A título exemplificativo, ganham força instrumentos como as audiências públicas e as consultas públicas<sup>221</sup>.

Da mesma forma,

□□ participação popular na gestão e no controle da Administração Pública constitui o dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social. Corresponde à aspiração do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, da defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger<sup>222</sup>.

Embora esse movimento de salto gradativo à participação tenha sido visto com bastante entusiasmo, merece ressalva o fato de que, por vezes, os instrumentos de participação administrativa foram (e são) desvirtuados ou mostraram-se completamente ineficazes em relação aos fins para os quais foram desenhados. Exemplo disso, são os questionamentos em torno das consultas públicas – o que, a propósito, será tratado de forma mais detida no próximo capítulo.

De toda forma, enfatiza-se que a participação popular representa um movimento para que as demandas e interesses dos particulares sejam efetivamente ouvidos e levados em consideração quando da tomada de decisão pública, seja na condução de um processo administrativo (sancionador ou não), seja na deliberação a respeito de uma política pública ou de decisão que afete sensivelmente a coletividade<sup>223</sup>.

---

<sup>221</sup> Outros instrumentos podem ser listados: “colegiados públicos, assessoria externa, denúncia pública, reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos, colaboração executiva, ombudsman, controle social mediante ações judiciais e fiscalização orgânica”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 132).

<sup>222</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993. p. 38.

<sup>223</sup> Importante a ressalva de Juliana Bonacorsi de Palma: Este tipo de participação administrativa – a participação deliberativa – não se confunde com os mecanismos processuais de participação do

Por outro lado, a consensualidade também significa que a Administração Pública deva buscar contar com a expertise do particular na resolução de questões públicas. Exemplo disso é a adoção de soluções propostas por entes privados tanto para o enfrentamento de questões complexas envolvendo o direito ambiental<sup>224</sup> ou obras de grande complexidade (PPP), como no novo mecanismo de contratação semi-integrada na Lei das

---

administrado na tomada de decisão pela Administração, a exemplo da audiência pública e da consulta pública, embora guarde relevantes semelhanças. Ambas as formas de participação se dão no âmbito do processo administrativo e tendem não apenas à legitimação do exercício do poder de autoridade estatal pela Administração, mas a fornecer subsídios fáticos e técnicos, como a demonstração dos interesses e preocupações das partes interessadas nos efeitos da decisão, que auxiliam na construção do amplo panorama do qual a decisão administrativa será tomada. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 134).

<sup>224</sup> Nesse ponto, relevantes são as considerações de Pedro de Menezes Niebuhr: “Vale lembrar que os particulares – empreendedores e empresas, sociedade civil organizada ou cidadãos comuns – não raras vezes estão em melhores condições, em relação à Administração, de verificar a ocorrência de um dano e de perceber/identificar (social, técnica e cientificamente) as relações entre dada conduta e os impactos gerados sobre o ambiente. O Direito Administrativo não pode desprezar esta realidade; ao contrário, impõe-lhe a necessidade de respondê-la, através da criação e aperfeiçoamento de institutos aptos a instrumentalizar a necessária cooperação e coordenação entre Administração e particulares. □. □Enfim, trata-se de perceber e regular a cooperação e a coordenação em todos os seus níveis. Por exemplo, o empreendedor □. □conhece a atividade que desenvolve (ou pretende desenvolver) em muitos pormenores que escapam da compreensão da Administração. Por este motivo não convém que ele veja a Administração com receio, com reservas. O Direito Administrativo deve se voltar à criação de condições para uma efetiva e concreta partilha de informações, com vistas à construção de uma decisão que otimize a realização dos interesses expostos. □. □O Direito Administrativo se depara com a necessidade de assegurar que os particulares não sejam meros expectadores da atividade de proteção desempenhada pela Administração Pública, mas assumam um papel de protagonismo, inclusive funcional. Todo o mecanismo de informação e construção da atividade administrativa em matéria ambiental deve ser voltado, portanto, para realizar e otimizar os propósitos de participação cidadã”. (NIEBUHR, Pedro. **Processo administrativo ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 70-71).

Estatais<sup>225</sup> (vide tópico a seguir a respeito dos instrumentos concretos de consenso no Direito brasileiro).

Assim, vê-se que a nota consensual na participação popular reside justamente no fato de que o particular é chamado a compor uma solução junto à Administração Pública, tanto na formulação de um acordo para a resolução de questão litigiosa, como na sua simples oitiva antes de haver deliberação a respeito de alguma matéria de relevância pública. Em todos os casos, o particular é considerado e elevado a partícipe da relação jurídica, não é mais visto apenas um destinatário passivo do ato administrativo.

As considerações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto servem como síntese do que representa a relação entre a consensualidade e a participação popular:

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*) propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*) garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*) proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*) desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*) e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*).

Há, portanto, crescente envolvimento entre os cidadãos e o aparato estatal, muito embora, como destaca Juliana Bonacorsi de Palma, a efetiva qualidade dessas participações e a *categoria* de pessoas que são realmente ouvidas possa ainda ser algo bastante controverso.

### 3.5 MECANISMOS CONCRETOS DE CONSENSO NO DIREITO BRASILEIRO

<sup>225</sup> A esse respeito, ver: NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>226</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 41.

Os parágrafos a seguir permitirão concluir que a consensualidade no Direito brasileiro não é de todo recente. Na verdade, é possível encontrar soluções consensuais, ainda que de forma bastante esparsas e tímidas, em mecanismos de meados do século passado. A questão é que a recepção e a consolidação efetiva do fenômeno pela Administração Pública ainda está longe de ser uma realidade pacífica, apesar da existência de inúmeros modelos consensuais.

Ao longo das últimas décadas uma plêiade de instrumentos foi sendo paulatinamente criada, todos em legislações específicas, sem unanimidade, noutro ângulo, em se admitir a existência de uma matriz clara de consensualidade que pautasse a Administração Pública. Até porque, como dito no capítulo anterior, o paradigma da escola das prerrogativas públicas (*puissance publique*) influenciou fortemente a atividade administrativa e fez com que a postura da Administração Pública fosse preponderantemente autoritária e imperativa no relacionamento com o particular. Isso tornou a celebração de acordos com os particulares algo temerário ao administrador público e a correntes respeitadas na doutrina publicista. A soma desses fatores cimentou a ideia de que a consensualidade representaria a negação do direito público e dos princípios balizadores do Direito Administrativo.

O ponto é que a resistência aos mecanismos consensuais se entremostra desarrazoada e arraigada a interpretações não consentâneas com o espírito democrático, constitucional e com as melhores práticas em gestão pública. De toda forma, antes de abordar alguns dos mecanismos de consenso no Direito brasileiro, é importante uma ressalva metodológica – a mesma feita em relação ao histórico do Direito Administrativo.

Elencou-se como foco de estudo o artigo 26 da LINDB – o mais recente – e talvez o mais importante instrumento de consenso no ordenamento brasileiro em razão da dimensão e por se tratar de permissivo genérico geral para celebração de ajustes dos mais diversos. Em razão disso, os demais instrumentos serão tratados de forma bastante pontual e geral, apenas mencionados para que o leitor conheça sua existência, para não fugir da linha de pesquisa escolhida e também por ser descabido, em sede de dissertação de mestrado, analisar de modo aprofundado cada qual.

Noutro norte, também não se poderia simplesmente deixar de tratar, ainda que de maneira geral, dos meios consensuais existentes. O resgate mostra-se pertinente para evidenciar a

mudança de postura na Administração Pública, especialmente no que toca à resolução de litígios, bem como para demonstrar uma evolução consubstanciada na passagem de um paradigma marcado pela existência de vários mecanismos esparsos para a consolidação da consensualidade em um grande e abstrato permissivo genérico que sirva de fonte normativa a toda Administração Pública, sem deixar dúvidas sobre a sua possibilidade.

Enquanto no âmbito administrativo a proliferação de mecanismos consensuais caminha de forma lenta, denota-se, desde 2010, no âmbito normativo, a crescente positivação dos instrumentos consensuais dos mais variados. Ainda assim, até muito recentemente, os instrumentos consensuais no direito brasileiro estavam, de maneira geral, dispersos no ordenamento jurídico, configurando, como pontua Juliana Bonacorsi de Palma, um “*modelo de previsão normativa difusa* da atuação administrativa consensual, marcada pela pontualidade de suas prescrições”<sup>227</sup>. Com efeito, o artigo 26 da LINDB inaugura o marco de transição para um modelo consensual amplo e genérico na Administração Pública brasileira.

De toda forma, cumpre esclarecer, a título de resgate evolutivo, que no Brasil, a internalização da consensualidade passou por um relevante trabalho da doutrina administrativista, por meio da influência e do contato tanto com as obras do Direito Europeu continental (especialmente Alemanha, Itália, Portugal e Espanha), como com as alterações legislativas que consolidaram a consensualidade naqueles sistemas através de permissivos genéricos gerais – já tratadas de forma pormenorizada no início do capítulo.

Apesar de parecer, repita-se que a consensualidade não é um fenômeno recente no Direito brasileiro. A bem da verdade, há instrumentos consideravelmente antigos, a exemplo da desapropriação amigável prevista no artigo 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e a transação judicial no próprio processo de desapropriação (caso não haja acordo no âmbito administrativo), na forma prevista no artigo 22 da referida norma.

Sucedede que, apesar da previsão de mecanismos consensuais há bastante tempo, os mecanismos consensuais e as discussões doutrinárias só se intensificaram a partir da década de 90,

---

<sup>227</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 235.

acompanhando as diretrizes de mudança na forma de Estado enunciadas Estado Pós-Social<sup>228</sup>. Só então é que houve maior preocupação, com o rigor e profundidade técnica, no estudo do fenômeno consensual em âmbito brasileiro.

No Brasil, a consensualidade tem sido associada ao fenômeno de constitucionalização encabeçado pela Constituição de 1988, que inaugurou uma “nova ordem da cidadania, mais participativa”. A consensualidade é vista, nessa esteira, como “decorrência natural do atual estágio de organização constitucional da Administração Pública”<sup>229</sup>.

Como panorama geral, o fenômeno consensual é mais reconhecido e difundido no âmbito brasileiro por seu sentido amplo, ou seja, de contratualização pela formulação de ajustes dos mais diversos entre Administração Pública e particular. Apenas parcela da doutrina se ocupa de tratar a consensualidade em seu sentido amplíssimo, assim entendido como o foco na participação popular (ou administrativa)<sup>230</sup>.

No que se refere à compreensão da dimensão do fenômeno no âmbito brasileiro, tem-se que a existência de diversos mecanismos de consenso esparsos ao longo do ordenamento jurídico dificulta sua sistematização como uma disciplina coesa e única. Por outro lado, tratar de cada um dos mecanismos existentes demandaria tarefa extensa, que não é objeto da presente dissertação.

Desta forma, a título de sistematização, adota-se a categorização proposta por Juliana Bonacorsi de Palma. A autora divide a aplicação da consensualidade em grandes grupos, divididos por temas maiores, na seguinte forma: (i) acordos intragovernamentais, ou seja, como sugere o próprio nome, os ajustes firmados entre os entes e entidades da Administração Pública, a exemplo dos contratos de gestão ou de gestão federativa associada<sup>231</sup>; (ii) contratos administrativos para prestação de

---

<sup>228</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 238.

<sup>229</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 240.

<sup>230</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 242.

<sup>231</sup> Previstos, respectivamente, no parágrafo 8º do artigo 37 da Constituição de 1988 e na Lei n. 11.107/2005. (BRASIL. **Lei n. 11.107**,

serviço público ou social, a exemplo das concessões<sup>232</sup>, parcerias<sup>233</sup> e os contratos de gestão firmados com entidades privadas; (iii) acordos mediados ou métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem; (iv) ajustes de conduta, a exemplo dos Termos de Ajustamento de Conduta<sup>234</sup> e os Termos de Compromisso para substituição de sanção; (v) ajustes para fins de controle, tais como

---

**de 6 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019).

<sup>232</sup> BRASIL. **Lei n. 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019.

<sup>233</sup> BRASIL. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019.

<sup>234</sup> Previsto no parágrafo 6º do artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, o Termo de Ajustamento de Conduta é o instrumento consensual geralmente utilizado como o principal exemplo ao se tratar da consensualidade: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019).

os Termos de Ajustamento de Gestão<sup>235</sup>; (vi) acordos integrativos e substitutivos<sup>236</sup>.

Sem pretender exaurir os instrumentos existentes, é pertinente, pelo menos, fazer breve menção a alguns deles, mais relevantes aos olhos desta pesquisa:

(i) Termo de Ajustamento de Conduta – Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/1985): possibilita que os órgãos legitimados celebrem acordo para por fim a irregularidades e adequar a conduta às exigências legais.

(ii) Compromisso de Cessação de Prática sob investigação – Lei sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (n. 12.529/2011): o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação de prática sob investigação;

---

<sup>235</sup> Por este instrumento consensual, “o órgão controlador, quanto detecta desvios na ação pública, fixa, de forma consensual com o órgão controlado, as ações corretivas a serem atendidas, de modo que o cumprimento dos prazos e condições disciplinados no Termo de Ajustamento de Gestão gera rescisão automática do Termo e a extinção da sanção”. (BOAVENTURA, Vanessa Cândido Pinto Boaventura. Termo de ajustamento de gestão. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, v. 2, n. 30, p. 279-308, out. 2013. p. 306).

<sup>236</sup> Cita-se, como exemplo, o termo de compromisso para a redução da multa e a compensação do dano ambiental por meio de medidas específicas, previsto no artigo 42 do Decreto n. 99.274/1990 (Política Nacional do Meio Ambiente). Nele, não há a substituição integral da sanção, mas a integração do provimento final através da diminuição da carga de imperatividade pela negociação da prerrogativa sancionatória. Não é diferente com o acordo de leniência, previsto no artigo 16 e seguintes da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção): “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...] (BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019.

- (iii) Arbitragem - prevista na Lei de PPP's (n. 11.079/2004), na Lei de Concessões (n. 8.987/1995) e na própria Lei de Arbitragem (n. 9.307/1996);
- (iv) Mediação – Lei da Mediação (n. 13.140/2015) e Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)

Outro exemplo bastante recente e que demonstra a mudança de postura nas contratações públicas está na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). Aqui, dentre os vários instrumentos citados acima, opta-se por dar especial destaque às alterações proporcionadas nesta seara, porquanto referida norma representa um ponto de inflexão no âmbito das contratações públicas – de forma a tocar, em diversos pontos, as nuances da consensualidade aqui tratadas.

A Lei n. 13.303/2016 é o instrumento normativo mais recente, em âmbito federal, a respeito do estatuto jurídico e das regras gerais<sup>237</sup> de licitações e contratos envolvendo tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economias mista, comumente classificadas como pertencentes ao gênero “estatais”. A norma veio com o objetivo de materializar o disposto no parágrafo 1º do artigo 173 da Constituição de 1988, que prevê um regulamento especial para tais entes integrantes da Administração Pública indireta. A justificativa e a necessidade de regramento próprio decorre da própria natureza jurídica destas entidades e vem sido posta pela doutrina nacional já há bastante tempo, com o objetivo de conferir maior eficiência e agilidade, bem como garantir sua sobrevivência dentro de um ambiente de mercado. Joel de Menezes Niebuhr destaca que, muito além mudança nas regras

---

<sup>237</sup> A respeito da validade da lei em relação aos demais entes federativos além da União, vide: CUSTODIO FILHO, Ubirajara. Primeiras questões sobre a lei 13.303/2016: o estatuto jurídico das empresas estatais. **Revista dos Tribunais**, vol. 974/2016, dez 2016. p. 171-198.

de contratações, “há maior inflexão entre o velho e o novo regime é de percepção de postura. Os nortes são diferentes”<sup>238239</sup>.

De forma bastante breve, até porque não é o escopo do presente trabalho, cabe citar que a lei se subdivide em três grandes grupos. A primeira parte, do artigo 1º ao 26 trata da governança pública das estatais (outro tema caro à consensualidade). A segunda, do artigo 28 ao 84, cuida das regras gerais de licitações e contratos que lhes são aplicáveis e, por fim, do controle (interno e externo) trataram as disposições dos artigos 85-90.

A nova sistemática claramente preocupou-se com a seleção da proposta mais vantajosa, procurando repelir contratações e operações que se entremostrem desvantajosas, especialmente no que toca ao sobrepreço e ao superfaturamento<sup>240</sup>. O legislador

---

<sup>238</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Virou a chave do novo regime de licitações e contratos das estatais. O que esperar dos órgãos de controle? **eb** **ênite ILC**, jul. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/virou-a-chave-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratos-das-estatais-o-que-esperar-dos-orgaos-de-controle/>. Acesso em: 5 mai. 2019.

<sup>239</sup> Outra importante reflexão a respeito da mudança de prioridades em relação às duas leis: “Nesse sentido, numa perspectiva histórica, parece que o grande propósito da Lei nº 8.666/1993 é o de combater a corrupção. Então, antes de mais nada, destaca-se a necessidade de proteger a isonomia, a competitividade, o julgamento objetivo e a impessoalidade. O foco está nesses princípios e, de forma secundária, na obtenção pela Administração da contratação vantajosa. Então, nessa visão histórica, a impressão é que a prioridade não é propiciar o contrato mais vantajoso para a Administração, mas assegurar que o processo seletivo seja justo, sem preferências pessoais. A Lei nº 13.303/2016 inverte as prioridades. O primeiro objetivo é a contratação vantajosa e, de forma secundária, assegurar a observância dos demais princípios – o que não significa que eles sejam descurados. Essa ordem, primeiro a vantagem e depois os demais princípios, está bem clara no caput do art. 31 da Lei nº 13.303/2016”. (NIEBUHR, Joel de Menezes. Virou a chave do novo regime de licitações e contratos das estatais. O que esperar dos órgãos de controle? **eb** **ênite ILC**, jul. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/virou-a-chave-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratos-das-estatais-o-que-esperar-dos-orgaos-de-controle/>. Acesso em: 5 mai. 2019).

<sup>240</sup> Extrai-se do rol de princípios da Lei n. 13.303: Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais

pareceu menos preocupado com os entraves burocráticos e formais do procedimento licitatório, previstos aos montes na Lei n. 8.666/1993, e preferiu dar ênfase ao que melhor atenda às necessidades daquelas entidades e à eficiência<sup>241</sup>, afora a adoção de procedimentos mais céleres e racionais para as respectivas contratações<sup>242</sup>. Há autores que defendem, inclusive, que o traço privado nos contratos das estatais é muito mais acentuado em relação ao público<sup>243</sup>.

O novo regramento trouxe uma série de instrumentos e institutos novos, que certamente renderão profundos debates a respeito. No entanto, para os fins do presente ensaio, tem-se que a lei parece ter prescrito um novo comportamento para a Administração Pública, seja na forma de organização das empresas estatais, com a implementação de regras sobre governança pública,

---

vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

<sup>241</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 45.

<sup>242</sup> Como adverte Benjamin Zymler, os procedimentos licitatórios da Lei n. 8.666/93 por vezes “mostraram-se muito rigorosos, provocando prazos excessivos para conclusão de um certame licitatório. São exemplos do rigor processualístico da Lei 8.666/93 a necessidade de exame de documentos de habilitação de todos os licitantes e não somente do vencedor (artigo 43) e a previsão de diferentes fases recursais durante o certame, v.g. quando da habilitação e da análise das propostas (artigo 109). (ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). **Revista Interesse Público**, ano 19, n. 102, p. 15.26, mar./abr. 2017. p. 16).

<sup>243</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Estatais e contratação privada. **Revista Zênite, ILC – Informativo de Licitações e Contratos**. Curitiba: Zênite, n. 282, p. 765-768, ago. 2017; CRISTOVAM, José Sérgio da Silva; PIOVESAN, Felipe da Silva. A nova lei das estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a lei geral de licitações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 223-248, maio/ago. 2017. p. 244. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71653/6932>. Acesso em: 5 mai. 2019.

como de instrumentos novos que possibilitam ao particular oferecer melhores soluções para a administração contratante e, por fim, na mudança de paradigma em relação à alteração unilateral do contrato e aplicação de penalidades.

De plano, vê-se que a governança pública, como um dos desdobramentos da consensualidade, também ganhou destaque. Há nova preocupação com a gestão das empresas estatais, com a necessidade de que elas sejam eficientes, estejam melhor enquadradas dentro de um ambiente de negócios e com melhores mecanismos de controle interno, que possam ser inovadoras e menos relegadas às influências políticas<sup>244</sup>. Nesse tocante, o Decreto n. 8.945/2016, que regulamenta a Lei n. 13.303/2016, dispôs sobre os programas de *compliance* das estatais, que são corolário da governança pública que rege a nova sistemática da lei. Há requisitos de transparência, postura e até mesmo mecanismos de controle interno no âmbito das atividades das estatais, bem como a sistematização de regras que podem ser incluídas como critérios de seleção nas contratações das empresas estatais<sup>245</sup>.

Outro ponto importante da lei também diz respeito em relação às prerrogativas especiais. A nova lei das estatais pôs fim à possibilidade de alteração unilateral dos contratos administrativos, de modo que as supressões e os acréscimos, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 81 da lei, pressupõem o consenso do particular. O mesmo aconteceu com as hipóteses de rescisão unilateral, que foram removidas da nova lei e não estão mais submetidas ao arbítrio da Administração Pública<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> Como aponta Vicente Cardoso de Figueiredo: O setor empresarial público é comumente associado à ineficiência, à baixa capacidade de inovação e à exposição a influências políticas, e como gerador de prejuízo ao Erário, na medida em que, quando em déficit operacional, drena recursos orçamentários. (FIGUEIREDO, Vicente Caroso de. A governança corporativa nas empresas estatais a partir da Lei nº 13.303/2016. *Revista Síntese de Direito Empresarial*, n. 59. nov dez 2017. p. 38-56).

<sup>245</sup> SCHRAMM, Fernanda Santos. **O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas**. 2018. 412 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

<sup>246</sup> Portanto, o contrato ganha maior relevo normativo nesse negócio jurídico, com destaque para a ausência de disposição normativa na Nova Lei das Estatais equivalente àqueles da Lei Geral de Licitações que

Por fim, uma das novidades trazidas pela nova lei das estatais é a contratação semi-integrada, que parece seguir justamente a lógica preconizada pela consensualidade de uma Administração que escuta os particulares na tomada de decisão. A contratação semi-integrada<sup>247</sup> consiste basicamente na possibilidade de que os licitantes, durante o procedimento licitatório, possam propor soluções melhores – tanto no sentido técnico, como no econômico – em relação às previstas no projeto básico desenvolvido pela estatal<sup>248</sup>. A lei parece ter privilegiado

---

prescrevem as prerrogativas da Administração para modificar e rescindir unilateralmente o contrato, bem como de fiscalizar sua execução (cláusulas exorbitantes). Toda matéria normativa relacionada com casos de alteração contratual fica agora condicionada à dinâmica do regime de alteração consensual (consensualidade). Os acréscimos e supressões, por exemplo, não serão mais passíveis de imposição ao contratado, sob nenhuma hipótese. No caso da rescisão, a situação é ainda mais relevante, porquanto sequer foram inseridas normas nesse sentido, ressalvadas as hipóteses estabelecidas no contrato. (CRISTOVAM, José Sérgio da Silva; PIOVESAN, Felipe da Silva. A nova lei das estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a lei geral de licitações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 223-248, maio/ago. 2017. p. 241. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71653/6932>. Acesso em: 5 mai. 2019).

<sup>247</sup> No final das contas, a contratação semi-integrada faz com que a disputa não ocorra somente em relação ao preço. A disputa estende-se para a inteligência de engenharia que leva ao menor preço, a fazer mais por menos. Os licitantes são estimulados a investigar soluções diferentes das previstas no projeto básico, atendidas as balizas do projeto básico, para reduzir os seus custos, apresentar preços menores e ampliar suas chances de vitória. O modelo, em tese, é excelente, é moderno, abre uma nova perspectiva para a licitação, dentro de uma Administração consensual e dialógica, que não atua apenas unilateralmente, mas que conversa, tem a humildade de ouvir e aprender com a expertise da iniciativa privada. A estatal tem a chance de ganhar com a expertise dos licitantes. (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 133).

<sup>248</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Virou a chave do novo regime de licitações e contratos das estatais. O que esperar dos órgãos de controle? **eb zenite ILC**, jul. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/virou-a-chave-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratos-das-estatais-o-que-esperar-dos-orgaos-de-controle/>. Acesso em: 5 mai. 2019.

em muito a eficiência e a necessidade de adoção de melhores tecnologias ou metodologias quando elas de fato forem possíveis. Isso também confere maior autonomia para a seleção da preposta mais vantajosa, na medida em que a avaliação a respeito de qual a tecnologia atende melhor o interesse público fica a cabo da estatal<sup>249</sup>.

De todo modo, percebe-se que, pelo que se expôs até o momento, não havia sistematização da consensualidade como um grande instituto, ao contrário do que se verificou pela análise das leis de processo administrativo italiano, espanhol e alemão. Os mecanismos consensuais no Direito brasileiro resumiam-se, portanto, a apenas alguns instrumentos espalhados, como os já mencionados termo ajustamento de conduta (TACs), contratos de gestão, termos de parceria, acordos no âmbito do CADE, acordos de leniência e mecanismos de mediação e autocomposição administrativa. Tampouco a lei de processo administrativo brasileira dava uma resposta significativa quanto procedimentalização e a competência para edição de tais mecanismos.

Tal cenário trazia consigo forte insegurança jurídica na celebração de ajustes entre os particulares e a Administração Pública, mormente tendo-se em vista a chance real e séria de que eventual acordo pudesse configurar ato de improbidade administrativa por violação dos princípios balizadores da atividade administrativa ou de que eventualmente o ajuste viesse a ser anulado pelos órgãos de controle com base na ausência de fundamento legal para tanto. Com efeito, a adoção de mecanismos consensuais de forma ampla pela Administração Pública costumava não ser bem vista por parte dos juristas e da doutrina justamente por ofensa ao princípio da legalidade – já que não havia, fora da moldura legal dos mecanismos específicos previstos em legislação esparsa, possibilidade de firmar acordos.

Só muito recentemente é que sobreveio importante alteração legislativa, que, aos olhos deste pesquisador, significa verdadeiro marco no Direito Administrativo brasileiro ao trazer, com segurança, a possibilidade de adoção de mecanismos consensuais, de forma ampla e genérica, e reunir, num só

---

<sup>249</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 134.

dispositivo, a alma da consensualidade. Os alcances, os limites e as possibilidades trazidas pela norma serão objeto do próximo capítulo.

#### 4º ARTIGO 26 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

“Estávamos convencidos de que era preciso melhorar a qualidade da atividade decisória pública, exercida nos vários níveis da Federação (federal, estadual, distrital e municipal) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e também nos órgãos autônomos de controle (tribunais de contas e ministérios públicos).”

(Carlos Ari Sundfeld, sobre a alteração da LINDB)

Apesar de extensos, os capítulos anteriores são importantes para conferir o rigor científico necessário a duas afirmações trazidas ao longo da pesquisa. A primeira consiste na evidenciação de um fenômeno evolutivo da Administração Pública, consubstanciado na mudança de postura em sua atividade administrativa. Antes pautada principalmente pelo viés imperativo e autoritário, e valendo-se precipuamente do ato administrativo unilateral como forma de consecução do interesse público, vê-se que a evolução do modelo de Estado teve impacto direto na forma pela qual a Administração Pública passou a se portar. Assim, especialmente no âmbito brasileiro, influenciada pela lógica da sociedade em rede<sup>250</sup> e pelas mudanças políticas e estruturais ocorridas ao longo das últimas décadas do século XX, a Administração Pública brasileira parece abrir gradativo espaço ao fenômeno consensual. Observa-se a proliferação de mecanismos consensuais e sua adoção de forma mais reiterada na prática do Direito Administrativo. O ato administrativo unilateral cede espaço às formas dialógicas de tomada de decisão, abrindo-se as portas ao método que Gustavo Justino de Oliveira denomina “Administrar por acordos”<sup>251</sup>. Crescem também as formas de

---

<sup>250</sup> CASSESE, Sabino. As redes como figuras organizativas de colaboração. **A C Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. p. 15-19.

<sup>251</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e

participação do particular na tomada de decisão pública, sob o nome de “participação popular” ou “participação administrativa”.

O segundo ponto fundamental reside na premissa de que a consensualidade na Administração Pública veio caminhando, de forma tímida, passando de instrumentos esparsos no ordenamento jurídico brasileiro para uma efetiva sistematização por meio de um permissivo genérico, amplo e geral. Esse movimento reafirma a lógica evolutiva na Administração Pública e não somente nela: trata-se de uma tendência que alcança normativas internacionais (Agenda da ONU) e até mesmo o Código de Processo Civil brasileiro. Isso demonstra que o consenso é uma máxima que atinge os vários ramos e relações jurídicas.

O terceiro e derradeiro capítulo tem por objetivo, portanto, superado o aporte teórico necessário inicial, enfrentar o ponto central da presente dissertação – que é justamente o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, escolhido para esta pesquisa por ser considerado o aludido permissivo genérico que adentra ao ordenamento com o escopo de trazer maior segurança jurídica e sistematicidade aos acordos na Administração Pública – figura inédita e de inquestionável relevância teórica e prática.

As próximas páginas, assim, tratarão do panorama geral da LINDB (função e breve histórico), da inserção do dispositivo por meio da Lei n. 13.655/2018 e o que ele representa em termos de consensualidade, bem como as nuances e requisitos formais para edição de acordos com fundamento na LINDB. Por último, pretende-se exemplificar sua aplicação em alguns ramos do direito público, bem como conjecturar o que se pode esperar para um futuro próximo. Em linhas gerais, a ideia é destrinchar o dispositivo e proporcionar ao leitor uma visão nas entrelinhas, além da leitura rasante do texto legal.

## 4.1 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

### 4.1.1 Histórico, função e estrutura

---

instrumentos de ação. A **Revista de Direito Administrativo Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32 p. 31-50, abr./jun. 2008. p. 38.

Como dito, elegeu-se como foco de estudo especificamente o artigo 26 da LINDB, razão pela qual o panorama geral da lei será abordado de forma sintética, apenas de modo a introduzir seus aspectos gerais.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB nem sempre teve esse nome. Por muito tempo, e há até muito recentemente, era conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil – LICC<sup>252</sup>. Desenhada no Estado-Novo, com o então

---

<sup>252</sup> André Tito da Motta Oliveira esclarece que “a idealização de uma ‘introdução’ ao Código Civil de 1.916 teve nítida influência da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche – EGBGB) de 1896 por parte de seu autor, Clóvis Beviláqua, inclusive sua estruturação e sistematização”. (OLIVEIRA, André Tito da Motta. Comentários ao projeto de lei n. 264/84 do Senado e a proposta de Haroldo Valladão. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 60).

presidente Getúlio Vargas<sup>253</sup>, o Decreto-Lei<sup>254</sup> n. 4.657/1942 foi concebido inicialmente não para servir de porta de entrada ao direito brasileiro como um todo, mas para tentar imprimir novos ares ao Código Civil de 1916. A ideia era, cerca de 30 anos depois da codificação civil, diante das sucessivas transformações na sociedade e no direito, dar ares mais modernos e adaptar a legislação civilista que havia sido esculpida de acordo com as concepções e com os olhos do Século XIX.

A lei era de racionalidade oitocentista, uma vez que concebia o direito como um sistema de normas por códigos,

---

<sup>253</sup> Sobre o período histórico André Tito da Motta Oliveira explica que “com a derrocada da República Velha, Getúlio Vargas iniciou a revisão do ordenamento jurídico brasileiro para adaptá-lo a um novo panorama do Brasil-industrial. Em outras palavras, o modelo eleito não agradava a recente burguesia que ascendia num contexto pré-industrial.

A partir do Decreto n. 19.459 de 1930, formou-se comissão legislativa para discutir as alterações ao Código Civil, sendo constituído Eduardo Espínola no processo de revisão da lei de Introdução ao Código Civil. O anteprojeto elaborado foi rejeitado em 1939, tendo sido nomeada nova comissão, composta por Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães.

Desse projeto, restaram aprovadas apenas as modificações à Lei de Introdução ao Código Civil. Posteriormente, houve publicação do Decreto-lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942, seguindo as mesmas linhas estruturais reitoras da introdução pretérita - mesmo revogando-a, mas adotando como regra de conexão a lei do domicílio (lex domicilii) ao estatuto pessoal. A justificativa não poderia ser outra, o receio de se aplicar a legislação de nacionais dos países que formavam o Eixo na Segunda Grande Guerra.

Vargas almejava o crescimento da industrialização nacional, por isso adotou postura conservadora na edição e revisão do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de resguardar os interesses do mercado e do trabalhador brasileiro. A ele aderiram vozes dos maiores expoentes da época de linha internacionalista, mas preservando os ideais nacionalistas. O resultado foi a adoção de estruturas de conexão aparentemente paradoxais, algumas vezes ambíguas. (OLIVEIRA, André Tito da Motta. Comentários ao projeto de lei n. 264/84 do Senado e a proposta de Haroldo Valladão. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 61).

<sup>254</sup> Lembre-se que a extinta figura do decreto-lei permitia ao Presidente da República editar atos normativos, com força de lei.

“consolidadas e compiladas de modo racional e organizado, e ao qual seria dada uma uniformidade de tratamento”<sup>255</sup>. Aquilo que era o “resquício”, ou seja, do que a codificação não tinha dado conta de enfrentar, era relegado às leis especiais. De toda forma, preocupava-se sobretudo para que as matérias tratadas em lei especial não comprometessem a racionalidade projetada para um sistema essencialmente codificado.

Ademais, a fonte precípua do direito quando da edição da LINDB (então LICC) era a lei formal, a quem caberia a inglória tarefa de disciplinar todas as situações jurídicas possíveis no que se refere a relação entre os indivíduos. A tarefa de aplicação do direito, nesse sentido, seria algo simples, uma vez que caberia ao intérprete apenas dizê-lo no caso concreto. Caso lacunosa a lei, aplicavam-se as fontes secundárias (analogia, costumes e princípios gerais de direito)<sup>256</sup>.

Sucedem que o sistema, tal como projetado, “monopolístico, retrospectivo e pretensamente estável” nasceu fadado ao fracasso por três razões: (i) não existe a possibilidade de positivar e regular todas as situações de fato e suas consequências jurídicas, numa visão de resolução de conflitos com soluções “pré-moldadas”. Isso porque não há um legislador onisciente, dotado de conhecimento para disciplinar todas as situações jurídicas e positivar todas as soluções para a resolução de todos os conflitos entre sujeitos de direito. A complexidade nas relações sociais, novamente referenciando a lógica de sociedade em rede, bem como a constante mutação nas relações sociais deixam a LINDB rapidamente ultrapassada.

Da mesma forma, (ii) a atividade de aplicação do direito não se faz pela mera subsunção da norma ao caso concreto, como se coubesse ao juiz apenas dizer o direito de acordo com a vontade do

---

<sup>255</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. O sentido da LINDB no direito atual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 47.

<sup>256</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. O sentido da LINDB no direito atual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 47.

legislador positivada na lei. Por último (iii), direito privado e público estão cada vez mais interpenetrados. Normas de direito público cada vez mais são atingidas pelas de direito privado e vice-versa, o que afasta a ideia de separação de todo o direito em grupos isolados. O mesmo se aplica em relação ao papel do Estado, que hoje está presente em várias outras áreas além de sua posição clássica de prestador de comodidades públicas.

A esse respeito, vale referenciar Floriano de Azevedo Marques Neto:

Além de ser ultrapassada, típica dos séculos XVIII e XIX, a antiga racionalidade da Lei de Introdução é hoje insustentável. As disciplinas jurídicas não nascem de seu aprisionamento em milhares de artigos organicamente sistematizados (Paolo Grossi, *Primeira Lição sobre Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006). Elas brotam da experiência social e nela se desenvolvem (mesmo quando aprisionadas). O Direito não é a matéria codificada – ele não nasce dos códigos, mas sim da vida (e nela se desdobra)<sup>257</sup>.

Durante todo seu tempo de vigência, a lei foi alvo de pouquíssimas alterações<sup>258</sup> das quais nenhuma significativa. Apenas com o advento da Lei n. 12.376/2010 é que a então LICC passou a ser denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cortando o cordão umbilical com o Código Civil e

---

<sup>257</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2016, n. 54, p. 209-211, abr./jun. 2016. p. 209.

<sup>258</sup> Foram elas: Lei n. 3238/1957; Lei n. 6515/1977; Lei n. 9047/95 e Lei n. 12036/2009. Sobre o tema, ver OLIVEIRA, André Tito da Motta. Comentários ao projeto de lei n. 264/84 do Senado e a proposta de Haroldo Valladão. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 62).

deixando às claras para todo o sistema jurídico o seu caráter amplo e geral.

Conforme ressaltado, a LINDB tinha a função precípua de renovar, com os olhos do século XX, os ares do Código Civil de 1916 de visão oitocentista. A partir da alteração legislativa de 2010, por outro lado, evidencia-se que a lei não está mais adstrita ao direito privado, mas se apresenta como a porta de entrada para todo o direito brasileiro.

Mesmo após as alterações de 2010, que elevaram à LINDB à condição de norma geral do direito e não apenas do direito civil, a concepção desatualizada permanecia a mesma. Especialmente no que se refere à prática do Direito Administrativo, um dos principais problemas da residia na crença da centralidade da lei como força motriz do direito. Com isso, ignorava-se a crescente produção de regulamentos administrativos para disciplinar o dia-a-dia da Administração Pública. Como elucidam Carlos Ari Sunfeld e Bruno Salma, as normas que influem diretamente na prática do Direito Administrativo, especialmente em matéria econômica e regulatória, não estão nas leis, mas nos regulamentos editados pelas autoridades administrativas de cada ente/órgão. Coube à reforma introduzida pela Lei n. 13.655/2018 trazer essa realidade para a LINDB, impondo a transparência e motivação, o que será retomado no tópico seguinte.

Portanto, prosseguindo-se com o raciocínio em relação às suas funções declaradas, a LINDB conforma uma lei fundacional veiculadora das ferramentas primárias do trabalho jurídico. Não se trata de uma lei fundamental, que define as balizas do ordenamento jurídico pátrio, até porque disso já trata a Constituição de 1988. Como bem define Carlos Ari Sunfeld, de maneira bastante objetiva, a LINDB é uma espécie de “portão de entrada para o mundo jurídico”, que define os modos de “funcionamento do direito, de operação das normas gerais ou individuais de que ele se compõe. Uma lei com orientações sobre vigência, interpretação, validade, invalidação, preservação e produção de normas”<sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 33

Ou seja, a LINDB não tem por finalidade regular diretamente a relação entre sujeitos de direito, mas tão somente acomodar as regras que devem ser observadas para aplicação das normas que regulam tais relações<sup>260</sup>. É uma metanorma de introdução ao sistema legislativo brasileiro, uma “lei sobre a lei” (*lex legum*)<sup>261</sup>. Sobre tais funções, prossegue Rafael Hamze Issa ao dizer que

trata de aspectos ligados à interpretação e aplicação do direito em âmbito nacional. Volta-se ela, portanto, principalmente às autoridades públicas de todos os Poderes da República. Com efeito, estipular as regras de aplicação das normas vigentes em todo o território nacional, ela assume este aspecto de regular o modo pelo qual as autoridades devem atuar na aplicação das leis e demais normas nacionais, criando, para os cidadãos, um conjunto de garantias relacionadas à forma como elas serão interpretadas e aplicadas pelos representantes do Estado, em suas mais diversas manifestações (judiciais, administrativas e controladoras)<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Rafael Wallbach Schwind esclarece que ser comum a existência de leis introdutórias aos códigos que, embora não o integrem, servem como tipo de “cobertura” com o objetivo de pacificar sua aplicação e interpretação. Prossegue o autor afirmando que “*a existência de lei introdutórias com objetivo de disciplinar a aplicação e a interpretação de outras leis decorre da compreensão de que de nada adianta estabelecer normas positivadas se a sua interpretação e aplicação não obedecerem a uma certa rigidez de critérios*”. (SCHWIND, Rafael Wallbach. O sentido da LINDB no direito atual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 45).

<sup>261</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. O sentido da LINDB no direito atual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 46.

<sup>262</sup> ISSA, Rafael Hamze. Âmbito de aplicabilidade da LINDB: fundamento constitucional e aspecto federativo. In: CUNHA FILHO,

Quanto à estrutura, compõe-se de 30 artigos, que podem ser categorizados da seguinte forma: os dois primeiros disciplinam as regras sobre vigência das normas, o terceiro e o quarto cuidam, respectivamente, da inescusabilidade pelo desconhecimento da lei e do uso das fontes secundárias de direito em caso de lacunas; o quinto e o sexto, da interpretação das normas e de sua aplicação no tempo; do sétimo ao dezenove, disciplina as regras para a aplicação das leis no espaço. Já os artigos 20 a 30 foram justamente aqueles introduzidos pela reforma de 2018, que serão tratados a seguir.

#### 4.2 A LEI N. 13.655/2018: UM PEQUENO GRANDE PASSO

O tópico anterior tratou de sintetizar os principais sintomas dos problemas envolvendo a LINDB, fornecendo as razões pelas quais se demandava algum tipo de atualização na norma.

A proposta de alteração da LINDB originou-se com estudos da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) e do Grupo Público da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP. Visava-se enfrentar três problemas centrais, a saber: (i) a forma de construção clássica do interesse público, que se enrijeceu como monopólio do Estado e, sobretudo, do Judiciário e dos “órgãos de controle”. É que as pesquisas encabeçadas pelos grupos em questão evidenciaram um cenário onde a tomada de decisões sobre as políticas públicas estava sendo relegada, a última palavra, aos controladores. Não apenas o controle de legalidade, mas o próprio mérito do ato em si; (ii) o tratamento da autoridade pública, ou seja, a forma e os fundamentos pelos quais a decisão pública era tomada e a incerteza jurídica quanto a responsabilização desses agentes; e, (iii) os papéis dos Poderes do Estado e dos órgãos constitucionais autônomos.

Os estudos foram coordenados por Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Para que pudesse ser incorporada ao mundo jurídico, o Senador Antonio Anastasia encampou a iniciativa, que resultou no Projeto de Lei n. 349/2015. Como destaca um dos “pais” da lei, Carlos Ari Sunfeld, “a função

das novas normas teria de ser regular as bases da criação e aplicação do direito, mas agora segundo as necessidades atuais. Era preciso publicizar ainda mais a LINDB, e com isso modernizá-la”<sup>263</sup>. A esse respeito, esclarece Rafael Wallbach Schwind:

Por outro lado, a crescente presença do Estado nas relações jurídicas, tanto na qualidade de regulador, como aplicador e controlador, demandou que existissem outras normas de sobredireito para estabelecer preceitos básicos a essas situações. Daí a edição da Lei 13.655, que acrescentou os arts. 20 a 30 da LINDB<sup>264</sup>.

Carlos Ari Sunfeld explica que a grande aposta da iniciativa legislativa era justamente trazer mais equilíbrio à ação estatal e segurança à atuação dos agentes públicos e parceiros privados, sem que isso comprometesse, de outra mão, o controle público. Queria-se inovação sem risco constante, e isso só seria possível num cenário em que reinasse a segurança jurídica – com o que o Brasil, a propósito, não está acostumado<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 35.

<sup>264</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. O sentido da LINDB no direito atual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 48.

<sup>265</sup> Há vários estudos discutindo a questão. Para aprofundamento sobre o problema da segurança jurídica no Brasil ver: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A segurança jurídica no procedimento licitatório. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, p. 9-22, mar. 2013; MASCARO, Alysson Leandro. Para uma teoria geral da segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 791-810, jan./abr. 2015; MARTINS, Eliezer Pereira. Segurança jurídica e a certeza do direito em matéria disciplinar aspectos atuais. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 3, n. 23, jan. 2003. Disponível em:

Por conta disso, propôs-se mecanismos de segurança e eficiência jurídica, com o escopo de buscar harmonia e moderação ao controle público. Quis-se, igualmente, desenhar uma espécie de guia geral para a tomada de decisões na esfera pública, tanto para a própria Administração Pública como para os órgãos de controle a fim de evitar, principalmente, a tomada de decisões baseada em conceitos vagos e para que o controlador público não se substitua ao gestor na tomada de decisão ao impor a opção que julga melhor. A proposta de lei queria proteger o administrador público de boafé e, noutro vértice, impor a análise de consequências práticas na edição de atos, dos fatores que influem na decisão. Buscou-se impedir, sobretudo, arbitrariedades de todos os lados – dos gestores públicos e dos órgãos de controle.

A iniciativa também é corolário de uma visão realista da gestão pública, ao procurar trocar a burocracia dos “clipes” pela solução real dos problemas<sup>266</sup>. Nesse sentido, elucida Carlos Ari Sunfeld:

Fazer com que a interpretação do direito administrativo olhe para as políticas públicas, para os negócios públicos, ao invés de se focar nos cliques, não é incompatível com o controle da legalidade em geral, e da probidade em especial. Formalismo algum é capaz, sozinho, de combater corrupção. Por trás dos cliques, da obsessão com a pura forma, é que talvez se consigam esconder mais facilmente as

---

<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicnt=2970>. Acesso em: 16 maio 2019; MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia** □ RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171-183, abr./jun. 2011; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? □ **órum de Contratação e Gestão Pública** □ CCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, p. 18-29, jan. 2018.

<sup>266</sup> A referência aos “clipes” foi tirada da obra de Carlos Ari Sunfeld. Sobre o tema, ver: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo entre os cliques e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 87.

grandes manipulações, as fraudes sistêmicas<sup>267</sup>.

Num primeiro momento, deparando-se com ideias tão bem-intencionadas, pode parecer que a proposta de alteração da LINDB foi bem aceita por toda a comunidade jurídica. A realidade, todavia, foi outra.

Apesar de ter recebido maciço apoio de juristas, gestores públicos, economistas, os quatro anos de tramitação do Projeto de Lei n. 349/2015 (na Câmara dos Deputados, o projeto foi renomeado para PL n. 7.448/2017) foram bastante conturbados. Inclusive, mais firmemente no final do seu período de tramitação, a proposta passou a sofrer uma série de duras críticas de setores da sociedade, especialmente dos órgãos de controle<sup>268</sup>. Muitos

---

<sup>267</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 37.

<sup>268</sup> Conforme consta da Nota Técnica conjunta n. 01/2018, do Ministério Público Federal, alega-se terem sido aliados do debate “representantes de Tribunais de Contas, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Poder Judiciário, Ministério Público, associações e representações de classes, além da sociedade civil”. Isso teria impedido eventuais contrapontos, aos olhos dos signatários da nota. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota Técnica n.º 01/2018**. Nota técnica das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª câmaras de coordenação e revisão e da procuradoria federal dos direitos do cidadão pelo veto integral ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015.), de 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://twixar.me/TNLn>. Acesso em: 18 mai. 2019). Não é diferente o tom da Nota Técnica n. 01/2018, da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON e da Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros-substitutos dos Tribunais de Contas – AUDICON, para quem o “Projeto de Lei nº 7.448/2017 opera ao contrário da esperança que o brasileiro deposita nos poderes constituídos e ao arrepio dos princípios e postulados da República Federativa, da harmonia entre os Poderes e da inafastabilidade da jurisdição”. (ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MINISTROS E CONSELHEIROS-SUBSTITUTOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS – AUDICON. **Nota Técnica n. 01/2018**. Brasília, DF, 10

acharam que o objetivo velado da lei era diminuir as suas prerrogativas institucionais e mitigar o controle externo<sup>269</sup>. Nessa esteira, houve igualmente uma série de vetos presidenciais ao texto final aprovado pelo Legislativo.

De forma breve, faz-se especial destaque às críticas lançadas pela Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União (TCU), por meio da “Análise Preliminar do PL 7.448/2017” e, posteriormente, pelo Parecer n. TC-012.028/2018-5. O TCU vislumbrou, no projeto de lei, uma tentativa de suprimir as competências constitucionalmente estabelecidas a si, às demais cortes de contas e ao Legislativo.

A título de exemplo, o projeto de lei previu dispositivo que exigia da autoridade administrativa, controladora ou judicial, indicar “de modo expresso” as consequências jurídicas ou administrativas da decisão que decretasse a invalidade de “ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”. Impunha-se, ainda, que a mesma decisão discriminasse as condições para a correção das irregularidades, quando o caso, “de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais”<sup>270</sup>.

---

de abr. de 2018. Disponível em: <http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>. Acesso em: 19 mai 2019).

<sup>269</sup> As críticas podem ser sintetizadas da seguinte forma: “(i) subtração de competência dos órgãos de controle para analisar a conduta dos administradores; (ii) ausência de referência aos benefícios que poderiam advir para a Administração Pública, sendo certo que a transação em relação a sanções exige concessões recíprocas, tornando-se, portanto, leniência sem contrapartida; e, (iii) utilização de termos abertos □.□ que abre espaço a interpretações e subjetivismos, na contramão da proposta de conferir maior previsibilidade e segurança jurídica à atuação da Administração Pública”. (VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da lndb e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasil** □ **Anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 340).

<sup>270</sup> Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo

A alma do dispositivo está em exigir responsabilidade dos agentes estatais e controladores, ao demandar-lhes que apontem as consequências de suas decisões invalidantes. Para o TCU, o dispositivo estaria, na verdade, vindicando exercício de futurologia dos órgãos julgadores e de controle.

No mesmo sentido, o artigo 23 do projeto previu que a nova interpretação ou orientação geral sobre norma de conteúdo indeterminado, que impusesse novo dever ou condicionamento de direito aos envolvidos deveria estabelecer regime de transição para o cumprimento destas obrigações. O TCU tachou a previsão de inconstitucional, ao suprimir a prerrogativa do TCU e das demais cortes de contas em assinalar o prazo que entende cabível para que as autoridades em situação irregular corrijam suas condutas. Entendeu, também, que a proposição legislativa estaria a impor a *obrigação* de os órgãos controladores celebrarem termo de compromisso, o que até então era mera faculdade<sup>271</sup>.

As críticas tecidas pelo TCU foram posteriormente rebatidas por nota técnica confeccionada por uma série de juristas, dentre os quais Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sundfeld, Adilson de Abreu Dallari, Maria Sylvania Zanella di Pietro, Odete Medauar e Marçal Justen Filho. A réplica do TCU veio por meio do Parecer n. TC-012.028/2018-5<sup>272</sup>.

---

proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, RJ, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019).

<sup>271</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Análise preliminar do PL 7448/2017**. Análise realizada, em caráter preliminar, pela Consultoria Jurídica do TCU. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://twixar.me/0k0n>. Acesso em 16 mai. 2019.

<sup>272</sup> Para melhor aprofundamento em relação ao debate entre as opiniões jurídicas, ver: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Análise Preliminar do PL 7448/2017**. Análise realizada, em caráter preliminar, pela Consultoria Jurídica do TCU. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://twixar.me/0k0n>. Acesso em 16 mai 2019; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n. 7.448/2017**. Disponível em:

Ressalvado o embate, o ponto é que a lei foi aprovada, com alguns vetos – alguns substanciais, mas foi. Agora, cabe aos órgãos de controle aceitá-la e aplicá-la.

Prosseguindo-se com o raciocínio, tem-se que a LINDB deve ser inserida no contexto da realidade atual, onde se denota a superação das codificações e onde os princípios exercem papel relevante, quer queira quer não<sup>273</sup>. Hoje os princípios adotam posição de protagonismo na aplicação do direito brasileiro, em um movimento que se consolidou com o neoconstitucionalismo<sup>274</sup>. Embora mereça profundas críticas uma principiologia abstrata e rasa na tomada de decisões, não se pode negar a proeminência dos princípios e de sua força normativa. Conhecendo esse cenário – e ciente de que não se pode simplesmente ignorar o fenômeno – é que a as alterações promovida pela LINDB trataram, inclusive, de positivar, no artigo 20, que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências

---

<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>.

Acesso em: 16 mai. 2019; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Parecer n. TC-012.028/2018-5, de 20 de abril de 2018**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://twixar.me/j2Zn>. Acesso em: 16 mai. 2019.

<sup>273</sup> Como ressaltam Floriano de Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira, “há muito tempo, o direito público deixou de ser mera subsunção de fato à lei. A complexidade das relações econômicas e sociais, a amplitude da atuação do Estado e a abertura e ductibilidade das leis deram cada vez maior margem para interpretações divergentes. Princípios hoje são aplicados, não apenas quando a lei é omissa, mas muita vez para afastar a aplicação da lei. Os órgãos incumbidos de controlar a administração são cada vez mais numerosos, autônomos e com competências amplas. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o estado de direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes Pereira (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 9.

<sup>274</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>. Acesso em: 16 maio 2019

práticas da decisão”<sup>275</sup>. Ao invés de negar a realidade, cabe adequá-la de modo a evitar excessos<sup>276</sup>.

A propósito, o mesmo serve em relação ao artigo 26, que será tratado na sequência. Ao invés de negar a realidade prática de uma Administração Pública que negocia e que celebra variados ajustes com os particulares, cabe ao direito regular essa relação com o objetivo de trazer segurança jurídica e impor seus limites. É como pontuam, com bastante clareza, Carlos Ari Sundfeld e Bruno Meyerhof Salma:

já que aplicar o Direito é diferente de fazer subsunção – porque em tempos de estado social regular não podemos mais nos dar ao luxo de viver com a fábula do “legislador racional” – então que se dê às autoridades o poder de negociar. Mas tudo com ordem, procedimento, e mais importante, com transparência. Daí, entre outras coisas, o projeto exigir “consulta pública” e “oitiva de órgão jurídico” como condição da celebração de compromissos<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, RJ, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

<sup>276</sup> Nesse sentido, pontua Rafael Hamze Issa: As regras por ela introduzidas no ordenamento nacional possuem por finalidade elevar a qualidade das decisões públicas – de todas as esferas e de todas as funções – por meio da inclusão de elementos de interpretação realística e consequencialismo, que se revelam necessárias em todas decisões públicas nacionais. Tais regras, na realidade, qualificam o dever constitucional geral de motivação dos atos e judiciais, de todas as instâncias e esferas, consagrando direito subjetivo dos administrados e jurisdicionados (seja do Poder Judiciário ou dos Tribunais de Contas) a que as decisões estatais que sobre eles dispuserem respeitem as regras recentemente incluídas na LINDB. (ISSA, Rafael Hamze. *Âmbito de aplicabilidade da LINDB: fundamento constitucional e aspecto federativo*. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 58)

<sup>277</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SALMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes

Feita a exposição inicial do que representam as alterações levadas a efeito na LINDB, enfrenta-se agora o dispositivo que motivou a presente pesquisa. Sem pretender esgotar o assunto, até por conta da novidade no ordenamento jurídico, cabe aprofundar o sentido da norma, compreender seu âmbito de aplicação, limites e indicar possíveis interpretações. Ao fim, quer-se responder, com o rigor científico necessário, como e de que forma o artigo 26 da LINDB realiza a ideia de consenso no direito brasileiro.

### 4.3 AS NUANCES DO ARTIGO 26

Aqui está o ponto nevrálgico da pesquisa. O artigo 26, incluído à LINDB pela Lei n. 13.655/2018, traz consigo, de forma inquestionável, um regime geral de acordos entre Administração Pública e particulares. Como dito anteriormente, o dispositivo não inaugura a consensualidade no Direito Administrativo brasileiro porque já existiam, antes dele, uma série de módulos consensuais dentro do ordenamento jurídico. O que o dispositivo faz é inaugurar um permissivo geral genérico na lei introdutória das normas brasileiras. O Brasil equipara-se, agora, portanto, ao grupo de países que unificam em sua matriz a base consensual, a exemplo de Itália, Alemanha e Espanha.

Pede-se vênia para incluir o dispositivo no próprio corpo da dissertação e não em nota de rodapé, para facilitar sua visualização. As demais citações de textos legais seguem normalmente referenciadas em rodapé. Sem mais rodeios, dispõe o artigo 26 da LINDB:

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

- 1º O compromisso referido no caput deste artigo:
  - I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
  - II – (VETADO);
  - III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;
  - IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.
- 2º (VETADO).

O sentido geral – isto é, a alma do dispositivo –, está no *caput*. Nos parágrafos e incisos estão os vetores interpretativos, que disciplinam as condições, os requisitos e os limites para que o compromisso possa ser ajustado com plena validade jurídica. O texto tratou de consolidar em si uma realidade da Administração Pública que já negocia há tempo, mas por leis esparsas. A novidade está na circunstância de ser permissivo genérico, e permitir, consequentemente, que todos os entes federativos celebrem acordos sem precisarem se basear em normativas específicas, por vezes limitadas apenas a um setor do Direito Administrativo (regulatório, ambiental, sancionatório) e, tampouco, sem tornar necessária a tutela do Ministério Público, dos órgãos de controle e do Judiciário.

A norma propõe-se a resolver um problema antigo. Apesar da existência de vários instrumentos consensuais, a ausência de uma normativa geral e ampla causava receio nos gestores públicos e nos particulares interessados. Presente a mínima dúvida quanto à possibilidade ou não de edição do acordo, era melhor não arriscar<sup>278</sup>. Nesse sentido, o artigo reúne em si o fundamento para

---

<sup>278</sup> “A regulação ambiental é exemplo disso. Embora com referencial normativo desde 1981, com a publicação da Lei nº 6.938/81, raras foram as vezes em que órgãos ambientais aceitaram trocar penalidades disciplinares por penalidades compensatórias. O recém-publicado Decreto nº 9.179/17, responsável pelo detalhamento procedimental e de forma do “Procedimento de Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente”, sugere que o referencial normativo pretérito, por se apresentar incompleto, não garantia a necessária segurança jurídica ao administrador para buscar a consensualidade com o administrado no exercício do poder de polícia ambiental”. (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi.

qualquer sorte de acordo – naturalmente, dentro das balizas do dispositivo e do ordenamento. É o que defendem Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra:

A Lei nº 13.655/2018 consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos. Também confere importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade administrativa, com maior efetividade e segurança jurídica<sup>279</sup>.

A bem da verdade, esclarece-se que há debate em torno da afirmação de ser o artigo 26 o permissivo genérico à edição de acordos. Poder-se-ia defender que o parágrafo 6º da Lei n. 7.347/1985<sup>280</sup> (Lei da Ação Civil Pública) já supria essa lacuna desde 1990, sendo desnecessária nova previsão na LINDB<sup>281</sup>. Veja-se o teor do referido dispositivo:

---

Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 146).

<sup>279</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 140.

<sup>280</sup> Art. 5º □.□□6□Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>281</sup> É como pensa a Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, exarada no Parecer n. 012.028/2018-5, cujas razões transcreve-se: “Ora, se a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), em seu art. 5º, □6º, já prevê essa possibilidade, inclusive com a vantagem de o compromisso de ajustamento de conduta ter eficácia de título executivo extrajudicial, qual seria então o benefício visado pela proposta desse art. 26 que, além de se

Art. 5º [...] 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Entende-se que, embora importante, a norma em questão não serve como efetivo permissivo amplo, genérico e abstrato apto a legitimar qualquer espécie de ajustes entre Administração Pública e particular, na forma como prescreve o artigo 26 da LINDB. Em primeiro lugar, o tipo de acordo proposto na Lei n. 7347/1985 está adstrito às matérias que podem ser discutidas por meio de ação civil pública e que não necessariamente envolvem todos os possíveis temas que podem ser objeto de acordos. Isto é, o acordo (termo de ajustamento de conduta) está relacionado às hipóteses que autorizam a propositura da ação civil pública, na forma do artigo 1º da lei. Da mesma forma, parece ser cabível apenas em fase de persecução estatal, ou seja, em sede de inquérito civil ou quando instaurado o litígio judicial. Parece impassível de aplicação em âmbito administrativo e, igualmente, não comporta as hipóteses de eliminação de incerteza jurídica<sup>282</sup>. Por fim, o dispositivo carece de um mínimo regulamentador, o que traz, igualmente, insegurança jurídica nos limites de sua aplicação aos acordos de forma geral.

Igualmente, de forma breve, ressalta-se que há discussão a respeito da necessidade da positivação de um permissivo genérico

---

valer, uma vez mais, de textura extremamente aberta, ainda não confere a referida eficácia executória?” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Parecer n. TC-012.028.2018-5, de 20 de abril de 2018**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://twixar.me/j2Zn>. Acesso em: 16 mai.).

<sup>282</sup> Esclarece a Camilha Rocha Cunha que a LINDB comporta “casos em que não há propriamente uma conduta a ser progressivamente corrigida, mas sim um elemento de incerteza jurídica que precisa ser eliminado de modo a permitir o planejamento dos interessados e evitar alegações de ofensa à legalidade”. (VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da lindb e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 341.

para que a Administração Pública pudesse negociar e celebrar acordos. A controvérsia gira em torno do significado e extensão do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, esculpido no artigo 37 da Constituição de 1988<sup>283</sup>.

De um lado, há firme corrente doutrinária fundada na ideia de vinculação negativa da Administração Pública, ou seja, que ela só poderia atuar nos exatos moldes da lei já posta pelo legislativo<sup>284</sup>. Diferentemente da legalidade aplicada aos particulares, em que o indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública, de outra mão, só estaria autorizada a fazer o que a lei expressamente a autorizou. Gustavo Binbenojm esclarece que essa visão tem estreita relação com a concepção originária do princípio da legalidade na França Revolucionária. Isto porque, dentro da lógica de separação de poderes, caberia ao Parlamento “o primado na elaboração das normas jurídicas, que não só *limitariam* como *preordenariam* a atuação dos órgãos administrativos”<sup>285</sup>. Daí que caberia à Administração Pública apenas executar os comandos preordenados, ou seja, cumprir mecanicamente uma vontade já esculpida na lei. Daí a legalidade como corolário da vinculação negativa à lei<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai 2019).

<sup>284</sup> Na verdade, esclarece-se, de antemão, que há mais visões sobre o que significa o princípio da legalidade, além da visão binária que aqui se está a expor. No entanto, a discussão geralmente está adstrita a vinculação positiva e negativa. A respeito, ver: EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 56, Rio de Janeiro, p. 47-70, 1956.

<sup>285</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 10.

<sup>286</sup> O autor tece duras críticas ao que entende por visão deturpada do princípio da legalidade e da separação de poderes. Isto fica claro no seguinte trecho: “Tal circunstância histórica subverte, a um só golpe, os dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o

Coadunam desta visão juristas de envergadura como Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro. □.□

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize<sup>287</sup>.

Face a tal visão, fica evidente que a Administração Pública somente poderia celebrar ajustes com os particulares se existente permissivo legal em lei formal emanada pelo Parlamento. Daí, sob todas as luzes, o artigo 26 da LINDB seria condição *sine qua non* para uma Administração Pública consensual em sentido amplo, isto é, que pode celebrar acordos dos mais diversos, independentemente da previsão de instrumentos consensuais esparsos em leis especiais.

---

*princípio da legalidade* e o *princípio da separação de poderes*. De fato, a atribuição da função de legislar sobre direito administrativo a um órgão da jurisdição administrativa, intestino ao Poder Executivo, não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e de partilha das funções estatais entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados.” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 10-12).

<sup>287</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 104 e 108.

Por outro lado, há uma segunda corrente que entende que a Administração Pública não estaria adstrita à lei formal, mas a um “bloco de legalidade”. Enxerga um viés arbitrário numa visão tão restrita de legalidade ao argumento de que a lei formal limita sobremaneira a atuação da Administração Pública ao impor ao legislador a tarefa de disciplinar todas as situações e soluções a que está submetida a atividade administrativa<sup>288</sup>.

Uma visão mais ampla da legalidade está associada a uma suposta derrocada da lei formal. Como esclarece Alexandre Santos de Aragão, as leis não podem ser vistas como a única fonte formal de direito e de obrigações. Segundo o autor, o ordenamento confere autonomia para “os sujeitos jurídicos estabelecerem voluntariamente entre si, com obrigações oriundas, não da lei, mas do acordo de vontades”<sup>289</sup>. Neste sentido, concebe-se a Administração Pública como “criadora” do direito, na medida em que ela disciplina sua atuação e sua relação com o particular por meio de regulamentos, regimentos, portarias, atos administrativos e normativas congêneres<sup>290</sup>.

Além disso, a concepção do princípio como vinculação ao tal bloco de legalidade seria consequência e resposta “às anunciadas arbitrariedades cometidas pela Administração no desempenho de suas competências resultadas da legalidade administrativa enquanto vinculação negativa, então

---

<sup>288</sup> Sobre o tema, pontua Alexandre Santos Aragão: “Charles Eisenmann, com cuja opinião anuímos, sustenta que não há como ser aplicado o critério da legalidade substancial em uma versão extrema (de máxima densidade normativa das leis) porque pressupõe que apenas a lei cria direitos e obrigações, esquecendo que, na verdade, todo e qualquer regulamento possuirá em determinada medida, sob pena da sua inutilidade, algum papel criativo em relação à lei □.□. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. Debates em Direito Público, Brasília, ano 13, n. 13, p. 9-21, jan./dez. 2014.

<sup>289</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005. p. 300.

<sup>290</sup> ABREU, José Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987.

prevalente”<sup>291</sup>. É que a noção restrita de legalidade permitiu a administrações autoritárias justificar uma série de barbáries, como pontua José Sérgio da Silva Cristóvam:

Outra razão para a perda da centralidade da lei remete a uma triste e mesmo horrenda constatação histórica. Edificada como a expressão máxima da racionalidade, fator de limitação a todo e qualquer abuso de poder pelos homens, a história demonstrou que, para muito além de reproduzir quadros de profunda injustiça, a lei pode ser fundamento de legitimação para a própria barbárie humana, a exemplo dos modelos legalistas dos Estados nazi-fascistas que devastaram a Europa na primeira metade do “breve século XX”<sup>292</sup>.

A vinculação positiva defendida por essa segunda corrente pode ser sintetizada da seguinte forma: a Administração Pública não está apenas submissa à lei formal em sentido formal, mas a todo o direito. E isso vai muito além de uma compreensão positivista da ordem jurídica, “implicando a submissão a princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de carácter regulamentar, a actos constitutivos de direitos, etc”<sup>293</sup>.

---

<sup>291</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado [RERE]** □ Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf>. Acesso em: ago. 2017.

<sup>292</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O Direito Administrativo no divã do Estado constitucional de direito**: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. Revista da ESMESC. Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 195-227, 2014. p. 211-212.

<sup>293</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2009. p. 75.

Nessa esteira, pode-se sustentar que a controvérsia envolvendo o permissivo geral para a consensualidade até poderia ser resolvida pela invocação da vinculação da Administração Pública à juridicidade, ou bloco de legalidade<sup>294</sup>. Por essa lógica, a previsão expressa da LINDB seria, inclusive, desnecessária para a formulação de acordos. Até porque ausente proibição expressa, tal como acontece nos casos de vedação à transação na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992)<sup>295</sup>.

De toda sorte, a LINDB foi alterada e pôs fim, pelo menos no mundo dos fatos, à discussão quanto ao fundamento para uma atividade administrativa consensual. Em razão disso, embora se reconheça a riqueza teórica que circunda o debate acerca da consensualidade e sua relação com a legalidade, limita-se aqui a expor a controvérsia, por meio da indicação dos principais

---

<sup>294</sup> Como pontuam Juliana Bonacorsi de Palma e Victor Rhein Schirato: O fato é que a Administração Pública deve respeito ao bloco de legalidade, i.e., ao ordenamento jurídico como um todo. Seus atos devem necessariamente se coadunar com os princípios, normas, leis formais e práticas informativas do regime jurídico-administrativo. Apenas com essa premissa em mente faz-se possível conciliar os múltiplos interesses públicos e as competências tão díspares que incumbe à Administração tutelar. SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2019.

<sup>295</sup> Dispõe o artigo 17 da lei: Art. 17 A ação principal, que terá rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar.  É vedada a transação, acordo, ou conciliação nas ações de que trata o caput. (BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019).

argumentos e obras jurídicas<sup>296</sup>, justamente porque não é esse o foco da pesquisa. Mesmo assim, justifica-se que a ressalva é, ao menos, bastante pertinente.

### 4.3.1 Vetos presidenciais

Após forte pressão de entidades de classe associadas aos órgãos de controle e ao Judiciário<sup>297</sup>, uma série de dispositivos foi vetada pelo então Presidente da República, Michel Temer, ao argumento de “contrariedade e inconstitucionalidade”. A vitória com a Lei n. 13.655/2018 foi, portanto, parcial, mas, ainda assim importante. Como ressalta Juliana Bonacorsi de Palma, “os vetos presidenciais não afetam a ‘espinha dorsal’ da Lei n. 13.655/18 e

---

<sup>296</sup> Para aprofundar os estudos, sugere-se, dentre outros ricos trabalhos, a leitura de OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. reimp. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2017; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. Debates em Direito Público, Brasília, ano 13, n. 13, p. 9-21, jan./dez. 2014; CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012; CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. **O direito administrativo no divã do Estado constitucional de direito**: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. Revista da ESMESC. Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 195-227, 2014; CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? **Revista de Contratos Públicos** □ RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 9-18, mar./ago. 2015; EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 56. Rio de Janeiro, p. 47-70, abr./jun. 1959; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **Princípio da legalidade e poderes normativo e regulamentar da Administração Pública**. RDPE 20/214. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.

<sup>297</sup> ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. Presidente da República sanciona PL 7448/17 com vetos sugeridos por entidades de classe do MP e da magistratura. ANPT, 2019. Disponível em: <http://twixar.me/LKWn>. Acesso em: 19 mai. 2019; PRESIDENTE e ministros do TCU pedem a Temer que vete mudanças na LINDB. **Consultor Jurídico** □ Conjur □ 18 abr. 2018. Disponível em: <http://twixar.me/HnWn>. Acesso em 19 mai. 2019.

nem maculam a sua proposta final, como fica claro de uma simples leitura da Lei”<sup>298</sup>.

Serão expostas aqui no corpo do texto apenas as razões de veto que atingiram o artigo 26, para que não se amplie o escopo da discussão<sup>299</sup>.

O primeiro veto em relação ao artigo 26 deu-se no inciso II de seu parágrafo 1º, segundo o qual o compromisso “poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição”. Ou seja, se mantida a proposição, a Administração Pública estaria autorizada a celebrar compromisso para negociar sanções administrativas e créditos (decorrentes de mora ou a título de sanção) em relação a períodos pretéritos à edição da lei. Seria hipótese de determinada empresa declarada inidônea nos dois anos anteriores à publicação da lei repactuar a sanção por outra forma que igualmente atingisse o interesse público aos olhos da Administração Pública.

Para a Presidência da República, respaldada pela opinião do Ministério da Transparência, da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União, ofenderia a segurança jurídica, bem como o princípio da reserva legal ao transacionar sobre sanções e créditos “relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência

---

<sup>298</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Ensaio sobre os vetos presidenciais à Lei n. 13.655/19: qual é o valor dos vetos presidenciais à interpretação da lei de segurança jurídica? In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 58.

<sup>299</sup> De toda forma, a título de informação, esclarece-se que partes de alguns dispositivos, incisos ou parágrafos, foram suprimidos, sendo que apenas o artigo 25 foi integralmente vetado. Referido dispositivo previa que, “[q]uando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”, cuja sentença teria eficácia *erga omnes*. A ideia era criar uma ação, sob o rito da ação civil pública, visando o reconhecimento da validade de determinado dos instrumentos citados na norma, como se fosse um controle de constitucionalidade prévio. O dispositivo foi suprimido do texto final ao argumento de que acarretaria, sobretudo, em “excessiva demanda judicial injustificada” em razão da quantidade de provimentos administrativos existentes em toda a Administração Pública e porque feriria o princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação<sup>300</sup>.

As razões de veto não fazem muito sentido. A delação premiada e os acordos de leniência, por exemplo, já estabelecem um regime de negociação para crimes e fatos ocorridos no passado e, de forma alguma representam ofensa à reserva de lei ou incentivo ao descumprimento dos termos do pacto. Ademais, como destaca o parecer tecido por grupo de juristas, mencionado anteriormente,

“o fato de haver a possibilidade de transação quanto a sanções créditos relativos ao passado não importa em leniência ou perdão. Trata-se de simples reconhecimento, em norma de caráter geral (como é a LINDB), da possibilidade de autoridades firmarem acordos substitutivos de sanção ou de créditos relativos ao passado. A ideia, já utilizada em muitos casos, é que sanção ou crédito podem, dentro de certos limites, ser utilizados pela Administração Pública como moeda de troca para a obtenção de outras medidas de interesse público (tais como a realização de investimentos de interesse público por entes privados)”<sup>301</sup>.

Entende-se não haver qualquer razão para vetar a possibilidade de acordos envolvendo as hipóteses do inciso II do parágrafo 1º. Isto porque, se o compromisso oferecer solução jurídica adequada e que realize os propósitos do caput, não se vislumbra a razão pela qual não poderia envolver situações

---

<sup>300</sup> BRASIL. Presidência da República. Subchefia para assuntos jurídicos. **Mensagem n. 212**. Brasília: Presidência da República, Brasília, 5 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019.

<sup>301</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n.º 7.448/2017**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2019.

pretéritas – até porque já existem outros mecanismos que versam sobre essa possibilidade, como mencionado.

De toda forma, alinha-se ao argumento de que os compromissos ainda podem ter por base as razões vetadas no inciso II. Isto porque, ao vetar o inciso, apenas se deixou de prever expressamente essa possibilidade, o que não impede que este tipo de acordo seja enquadrado na hipótese geral do caput do artigo 26, desde que, evidentemente, preenchidos os requisitos legais. Trocando-se em miúdos: a transação sobre sanções e créditos passados continua possível porque embora não prevista, pode ser reconduzida ao disposto no caput do artigo 26 e não foi proibido pela norma legal<sup>302</sup>. É como igualmente defende Juliana Bonacorsi de Palma, por cuja clareza na exposição, cita-se a íntegra do raciocínio:

Os vetos não interditam a adoção do conteúdo jurídico vetado, mas geral um ônus de motivação qualificada. É plenamente viável que determinada repartição edite regulamento disciplinando o erro grosseiro para fins de processo administrativo disciplinar. Igualmente é válida a celebração de compromissos sobre qualquer matéria admitida em negócios jurídicos. O ponto importante aqui é verificar os critérios básicos de competência (reserva de lei, reserva de nome ou aplicação imediata) e os efeitos concretos da construção jurídica. Os vetos não limitam o alcance do que há de essencial na Lei n. 13.655/18<sup>303</sup>.

O parágrafo 2º do artigo 26, por sua vez, previa que poderia “ser requerida autorização judicial para celebração do

---

<sup>302</sup> Admite-se que a posição é passível de controvérsias e tampouco pode ser aceita pela jurisprudência e pelos órgãos de controle.

<sup>303</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. Ensaio sobre os vetos presidenciais à Lei n. 13.655/19: qual é o valor dos vetos presidenciais à interpretação da lei de segurança jurídica? In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 60-61.

compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime”. O texto foi integralmente vetado ao argumento de que referida autorização judicial com o objetivo de isentar de responsabilidade a conduta da autoridade administrativa implicaria em violação à separação de poderes e comprometeria a apreciação das condutas pelos órgãos internos e de controle.

Nessa hipótese, o veto é mais compreensível porque se trata de autorização judicial que, ao menos em tese, impediria posterior questionamento do compromisso pelos órgãos de controle<sup>304</sup>. O dispositivo foi projetado para resguardar a opção da autoridade administrativa em celebrar o acordo, isentando-a de responsabilidade salvo nos casos de enriquecimento ilícito ou de crime, em hipótese de controle de legalidade prévio. Isso porque, como elucidam Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr<sup>305</sup>, apesar de ser positivo o avanço dos órgãos de controle no que toca ao aperfeiçoamento na fiscalização e repreensão de ilícitos, instalou-se, aos olhos dos autores, um cenário de medo no gestor público. Excessos vêm sendo cometidos. Assim, por receio de punição, mesmo nos casos em que atuam com a absoluta correição e boa-fé, os gestores têm evitado tomar decisões cujas soluções possam ser diferentes das preferidas pelos órgãos de controle ou até mesmo não decidir—

---

<sup>304</sup> É a posição da Rafael Roque Garofano: Por outro lado, o veto ao 2º do mesmo artigo parece pertinente, na medida em que a antecipação da discussão judicial não tem repercussão exclusivamente temporal, mas, também, tem consequências sobre as próprias características do deslinde da composição, pois, além de outras consequências, a antecipação da manifestação judicial tende a provocar uma supressão da atuação de outras instâncias de controle “ex post” sobre o compromisso celebrado. (GAROFANO, Rafael Roque; STEIN, Daniel Almeida; ZABLITH, Marc Bujnicki. Relevante interesse geral, requisitos para o acordo e vetos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 337)

<sup>305</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração pública do medo. ota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 17 mai. 2019.

fenômeno que ganhou o nome de “apagação das canetas”. Logo, principalmente no que se refere aos acordos substitutivos de que trata o artigo 26, naturalmente havia, antes da alteração legislativa, receio de eventuais ajustes firmados com o particular – ainda que extremamente salutares ao interesse público. A hipótese de controle prévio foi fulminada, pelo menos por ora, o que impede, em tese, a propositura de ação nestes moldes por ser procedimento especial. De toda forma, para garantir a legitimidade decisória, a LINDB inseriu outras proteções como a consulta pública e a responsabilização da autoridade administrativa apenas em casos de dolo ou culpa grave.

Exposta a visão do geral do dispositivo e as razões que levaram ao veto parcial do texto inicialmente proposto, passa-se à análise mais aprofundada do sentido da norma e dos requisitos para a negociação administrativa e, conseqüentemente, para a celebração de ajustes com o particular.

### 4.3.2 **Compromisso**

#### 4.3.2.1 **Significado e natureza jurídica**

A LINDB denominou seu instrumento consensual de compromisso. Em primeira leitura, o termo parece não dizer muito sobre o que significa. Seria o compromisso sinônimo de acordo? De contrato? Defende-se que a LINDB poderia ter chamado de acordo, ajuste, pacto, mas simplesmente preferiu o termo compromisso. Não há nada na exposição de motivos que confirme as razões que levaram à escolha do nome, tampouco a bibliografia consultada deu conta de explicar.

Sem pretender travar longo debate a respeito do nome escolhido, até porque entende-se mais relevante compreender as funções do que propriamente a nomenclatura, presume-se que a expressão “compromisso” foi escolhida por se tratar de hipótese substancialmente genérica que, assim, abrange o maior número de ajustes dentro da Administração Pública. Logo, deduz-se que compromisso seria gênero, abrangendo todas as formas de composição presentes no ordenamento – até por ser a LINDB lei de caráter introdutório e geral. Outro sentido possível é que talvez a lei tenha pretendido denotar um sentido de *comprometimento* de ambas as partes para a consecução de um fim público, e não apenas a fórmula acordo (que geralmente remete às hipóteses de situação

contenciosa). Há, por outro lado, quem entenda que o artigo 26 criou uma espécie de acordo específico: o compromisso da LINDB<sup>306</sup>. Defende-se aqui a primeira hipótese, justamente por ser a LINDB uma lei de “antessala”, de modo que faria mais sentido ela prever um mecanismo genérico (gênero) do que um acordo em espécie. De todo modo, ressalvada a discussão, basta compreender que o compromisso é o sobredito permissivo genérico à edição de acordos.

Noutro vértice, ressalta-se que também há controvérsia em torno da natureza jurídica do compromisso<sup>307</sup>. Há interpretação para todos os lados, desde quem entenda se tratar de ato administrativo bilateral até contrato administrativo. Há, por outro lado, quem entenda se tratar o compromisso de espécie do gênero “acordo administrativo, similar aos termos de compromisso utilizados pela CVM para substituir o processo administrativo sancionador, aos acordos de leniência no CADE ou aos licenciamentos consensuais na seara ambiental”<sup>308</sup>.

De toda forma, apesar advogar pela tese de se tratar de negócio jurídico bilateral, com aplicação, inclusive, dos elementos de validade do artigo 104 do Código Civil, parece que a LINDB quis superar essa discussão a prever uma nomenclatura única e ampla, que é suplantada pelas disposições do processo administrativo:

---

<sup>306</sup> É como entendem Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma. A respeito ver: GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 147.

<sup>307</sup> Para aprofundamento no que se refere à natureza jurídica dos acordos administrativos ver: LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018;

<sup>308</sup> ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Comentários ao artigo 26 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 330.

A respeito da polêmica em torno da natureza do acordo administrativo – se ato administrativo bilateral, contrato administrativo ou acordo administrativo per se – a LINDB parece ter tentado suplantar essa questão por meio da disciplina regulamentar suficiente, que afastar a necessidade de aplicação subsidiária de normas outras que não as processuais administrativas<sup>309</sup>.

O debate a respeito da natureza jurídica é relevante, mas demandaria, no mínimo, um capítulo inteiro dedicado ao tema para que possa ser debatido com o rigor científico necessário.

Por fim, o compromisso pode envolver tanto acordos substitutivos como integrativos, gêneros que foram introduzidos na pesquisa no capítulo segundo e que, portanto, dispensam maiores digressões.

#### 4.3.2.2 Conteúdo e cláusulas

Objetivamente, o conteúdo do compromisso deve compreender uma solução jurídica para sanar a incerteza, irregularidade ou situação contenciosa que levou à celebração do ajuste. Com as obrigações bem delineadas e com o pacto assinado, a ideia é que haja a resolução consensual da controvérsia ou, no caso de licença, sua outorga em definitivo.

A solução deve ser jurídica e pode compreender obrigações de fazer ou não fazer, bem como obrigações de dar, tal como no direito civil. O objeto do ajuste deve ser delineado com cautela e em observância a todo o ordenamento jurídico, uma vez que em determinadas situações pode haver controvérsia a respeito da solução adotada no compromisso, ou violação colateral de outros princípios ou regras jurídicas. Explica-se.

Imagine-se situação em que compromisso é celebrado, tendo-se como objeto, o fornecimento de bens à Administração

---

<sup>309</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 149.

Pública como forma de substituir sanção pecuniária aplicada ao contratado de determinado contrato administrativo. Em alguns casos, pode parecer solução razoável, juridicamente possível<sup>310</sup> e que satisfaz igualmente o interesse público no caso concreto, principalmente nas hipóteses em que o contratado não dispõe do valor em espécie para fazer frente à sanção, mas pode, alternativamente, cumprir a obrigação oferecendo bens de que dispõe. Ao invés de seguir-se anos com um litígio judicial e inexitosas tentativas de execução do valor da sanção, pode-se celebrar acordo que provê melhor solução diante daquela realidade fática. Todavia, é importante verificar se, na hipótese concreta, não há violação ao dever de licitar.

Entende-se que quando o fornecimento dos bens estiver associado à consecução do próprio acordo firmado, não haverá ilegalidade. A título exemplificativo, imagine-se situação de descumprimento de contrato de aquisição de mobiliário para determinada escola, que, após processo administrativo regular, resulte em sanção ao contratado. Nesse caso, entende-se possível a substituição da sanção (pecuniária ou não) pelo fornecimento de computadores ou outros mobiliários à mesma escola, ou até mesmo a outra entidade. Ou, referenciando-se outros exemplos, “como a compra de um cabeamento náutico para conter derramamento de petróleo em alto-mar ou o custeio de projetos voltados a minimizar os efeitos da irregularidade apurada”<sup>311</sup>.

Repita-se que hipóteses como as citadas acima demandam análise casuística e cautelosa, porque não é difícil vislumbrar cenários em que empresas forjam sanções para, mancomunadas

---

<sup>310</sup> Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma exemplificam que “no âmbito da CVM, por exemplo, não raro encontramos termos de compromisso com obrigações de custeio de pareceres, doação de livros ou pagamento de curso a funcionários no exterior”. (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 162).

<sup>311</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 161.

com agentes públicos, conseguirem burlar licitações ou livrarem-se de sanções administrativas.

Ademais, superado este ponto, destaca-se que a celebração de um acordo deve estar necessariamente associada à solução de uma controvérsia jurídica concreta. O relacionamento com um caso concreto é imprescindível, isto é, deve haver um problema de fundo a ser resolvido. Não há razão para celebrar um compromisso onde não haja qualquer irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa.

Lembre-se que a solução jurídica deverá ser, como aduz o inciso I do parágrafo 1º do artigo 26, “proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”<sup>312</sup>. Daí decorrem algumas conclusões: em primeiro lugar, o compromisso deve ser sempre a melhor solução jurídica em determinada situação concreta, na visão da autoridade administrativa, para que seja adotado. Ou seja, a solução consensual não pode representar ao Poder Público significativa desvantagem em relação à decisão unilateral. Da mesma forma, não pode ser mais oneroso para a Administração Pública; do contrário, deve-se adotar a via tradicional pela via do ato administrativo unilateral. Por equânime, entende-se que a expressão seja corolário de isonomia e impessoalidade; ou seja, de um ângulo, casos similares devem demandar a mesma solução jurídica; de outro, não deverá haver tratamento diferenciado em relação a um compromissário ou outro.

Não obstante, a celebração do compromisso nem sempre conseguirá alcançar o melhor cenário para a Administração Pública, com o mesmo efeito de uma decisão unilateral. É preciso ter-se em mente que a celebração de compromisso é um “jogo” de inúmeras variáveis (tempo, recursos, interesses), em que as partes cedem mutuamente até alcançarem um “ótimo” possível e equilibrado, dentro de determinada realidade fática. Se se preferiu caminhar pela via do acordo, é porque a Administração Pública está convicta de que, pelo menos em tese, a via unilateral é menos viável ou que não realize o interesse público com a mesma intensidade. A decisão da autoridade administrativa em se valer ou não do acordo deve, sob todas as luzes, ser respeitada.

---

<sup>312</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, RJ, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

De outro lado, o compromisso também não pode desonerar sobremaneira o particular, principalmente nos casos em que tiver por fundamento corrigir uma irregularidade ou situação contenciosa, como no caso de prever-se uma compensação extremamente desproporcional à conduta irregular. Alargando o exemplo ao extremo, seria como a Administração Pública celebrar um ajuste pelo qual determinada empresa se comprometeria a recapear o asfalto de 100 metros de estrada em compensação por uma obra malconduzida que levou ao desabamento de um viaduto inteiro. Salta aos olhos, nesse caso, a desproporcionalidade da medida.

Evidente que, em casos mais complexos, avaliar se a medida é desproporcional ou não demanda grau muito mais elevado de análise. Ainda assim, entende-se que os compromissos, de forma geral, presumem-se proporcionais e celebrados de boa-fé, desde que devidamente justificados e salvo as hipóteses de incongruência facilmente detectáveis (como o exemplo acima). De toda sorte, o ônus de provar o vício e derrogar o acordo é da instância administrativa superior, dos órgãos de controle ou, eventualmente, de quem o alega.

Defende-se, também, que os acordos sejam construídos por ambas as partes interessadas, principalmente tendo-se em vista que a Administração Pública está em posição natural de vantagem, por poder fazer valer a prerrogativa unilateral sem maiores dificuldades caso o particular não queira celebrar o ajuste. Não raro, por vezes cabe ao particular apenas aderir aos termos do acordo proposto pela Administração Pública, como se fosse um contrato de adesão<sup>313</sup>. É o que ocorre, por exemplo, com a

---

<sup>313</sup> “Considerando que o Poder Público sempre estará em posição de vantagem na negociação, na qualidade de autoridade administrativa detentora da competência decisória, o Direito precisa construir mecanismos para evitar o [efeito torção de braço], em que o particular terminar por assumir obrigações simplesmente para fechar acordos. O problema é claramente colocado: sem tutela jurídica para evitar eventuais [abusos] de sua posição, o Poder Público pode conseguir a assunção de obrigações pelo interessado que apenas poderiam ser previstas em regular processo administrativo autônomo (normativo em particular) ou sem conexão com o caso concreto. Não raro há notícias de que a negociação se resume à assinatura do acordo redigido unilateralmente pelo Poder Público ou por controladores (o [acordo de adesão] é unilateral para todos os efeitos”. (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da

resolução de conflitos com base na Lei de Mediação (n. 13.140/2015), pela qual as “controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por **adesão** □. □”.<sup>314</sup>

Apesar de haver praticamente livre disposição das obrigações que serão pactuadas por força do compromisso, o artigo 26 da LINDB impõe restrições, que estão dispostas no inciso III de seu parágrafo primeiro.

A primeira das vedações (inciso III) dispõe que o compromisso “não poderá conferir desoneração permanente do dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”<sup>315</sup>. O dispositivo quer proibir, por exemplo, a renúncia de competência aludida no inciso II do artigo 2º da Lei n. 9.784/1999, que dispõe ser “vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”. Seria a hipótese de determinado compromisso cuja cláusula previsse a renúncia da Administração Pública em fiscalizar outras irregularidades (presentes ou futuras) envolvendo o particular compromissário. É flagrante, na hipótese, a desoneração. Ainda que o compromisso possa substituir a sanção em determinado caso concreto (até

---

LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 162).

<sup>314</sup> É o que dispõe o artigo 35 da lei. O parágrafo 1º do dispositivo estabelece, inclusive, que os “requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria”. Ou seja, é a própria Administração Pública que, previamente, define os termos do acordo. Parece haver pouca ou nenhuma negociação entre as partes. Cabe ao particular apenas aderir ou não. BRASIL. **Lei n. 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; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o □2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 29 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/□03/□ato2015-2018/2015/lei/13140.htm>. Acesso em: 18 mai. 2019. (grifo nosso).

<sup>315</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, RJ, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/□03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

porque essa é sua lógica), não pode servir como salvo-conduto para outras situações.

Também não poderá haver condicionamento ao exercício de direitos por parte do particular. As obrigações pactuadas (fazer ou não, dar, entregar) não devem estar condicionadas à renúncia de direitos legal ou constitucionalmente garantidos, bem como os previstos em orientação geral (espécie de precedente administrativo)<sup>316</sup>. Como ressaltam Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, o artigo 26 foi projetado vedando que

□□ compromisso crie condições para a efetivação de direitos como atrelar o direito de petição ao pagamento de quantia certa, condicionar a apresentação de denúncias a específicos casos ou sujeitar a vigência de contrato de prestação de serviços à plena satisfação do compromisso, por exemplo. Essa ordem de direitos tutelada pela LINDB pode ser inclusive os reconhecidos por orientação geral, como o direito de diálogo com autoridades reconhecido em determinada repartição pública, por exemplo<sup>317</sup>.

Apesar de não estar explícito, naturalmente também não podem ser objeto do compromisso cláusulas que atinjam, direta ou indiretamente, os princípios da Administração Pública, que

---

<sup>316</sup> A definição de orientação geral vinha definida no parágrafo único do artigo 25 do projeto que resultou na Lei n. 13.655/2018, mas acabou sendo vetado pela Presidência da República, de modo que agora fica a cargo da jurisprudência e da doutrina definir seu sentido. De toda sorte, o projeto conceituou da seguinte forma: “Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

<sup>317</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 163.

representem restrições indevidas ou condicionem direitos de terceiros.

O inciso IV, por fim, registra as cláusulas mínimas obrigatórias do compromisso para que goze de validade jurídica. Devem dispor “com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”. Ou seja, os acordos devem ser redigidos com a máxima clareza possível quanto aos termos e condições para o cumprimento das obrigações nele previstas. O compromissário deve ter “total previsibilidade sobre as ações que deveria depreender, ou deixar de fazer, para honrar com suas obrigações, bem como conhecer com exatidão quando lhe seria devido o termo de quitação”. Quanto maior clareza, menos chances de questionamentos pelos órgãos de controle e menor a probabilidade de haver dúvidas quanto à verdadeira interpretação da cláusula. Consequentemente, diminui-se o risco de instauração de nova controvérsia entre os celebrantes.

Deve haver clareza, também, quanto aos prazos pactuados. O objeto do contrato pode tanto envolver obrigações de trato sucessivo (cumprimento do pacto em um mês, um ano, uma década, por exemplo) como de cumprimento imediato. O mesmo serve no que se refere aos eventuais cronogramas de investimentos ou para o desfazimento de irregularidades, quando for o caso. Em ambas as hipóteses, é importante que os termos estejam devidamente definidos<sup>318</sup>.

---

<sup>318</sup> Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma sugerem, inclusive, a edição de espécie de plano de compromisso, para que se possa avaliar o cumprimento dos objetivos propostos: “Este plano é formado pelo conjunto de obrigações à luz do cenário de irregularidade, incerteza jurídica ou de situação contenciosa que busca eliminar, dessa relação decorrendo os efeitos benéficos de interesse geral. Na motivação, é fundamental que a autoridade administrativa apresente com clareza a situação concreta e os principais elementos fáticos que a qualificam, exponha como o conjunto de cláusulas trabalha para eliminá-la e indique de modo concreto o relevante interesse geral do compromisso. No exemplo de acordos substitutivos de investimento, por exemplo, pode-se indicar a situação de irregularidade ensejada pela incerteza na aplicação das normas de direito público que convolou em alto passivo de multas, que o conjunto de cláusulas prevê obrigações proporcionais e equânimes às infrações e que do investimento estima-se aumento na capacidade de operação de determinada infraestrutura em certa localidade

Portanto, na estipulação das cláusulas temporais, deve-se levar em conta prazo factível para a consecução das obrigações pactuadas, para a avaliação e fiscalização de seu cumprimento de modo a fixar as balizas de mora e, por fim, para delinear o termo final do ajuste.

As sanções por descumprimento, finalmente, servem para coagir as partes à fiel execução do pactuado no compromisso. No âmbito do compromisso da LINDB, entende-se que o regime de sancionamento é diferentemente daquele do cenário dos contratos administrativos firmados, por exemplo, com base na Lei n. 8.666/1993 e na Lei n. 10.520/2002, onde as sanções por descumprimento são direcionadas somente ao contratado. Lá, a Administração Pública é praticamente blindada nas hipóteses em que ela descumpra o contrato (não há, como assevera Joel de Menezes Niebuhr, praticamente nenhuma garantia ao particular<sup>319</sup>). Por outro lado, por ocasião do compromisso firmado com base no artigo 26 da LINDB, pode haver sanções por descumprimento tanto por parte do compromissário como pela própria Administração Pública.

As sanções do compromisso não decorrem de lei e, portanto, defende-se haver maior liberdade para a estipulação das cláusulas. Pode-se prever, por exemplo, na hipótese em que o compromissário é faltoso, o vencimento antecipado das obrigações e a execução imediata de eventual dívida objeto do compromisso; a estipulação de multas compensatórias e moratórias, bem como a aplicação imediata da mesma sanção em que estaria submetido o particular caso não houvesse a edição do acordo. Noutro ângulo, pode-se prever que, na hipótese de descumprimento por parte da Administração Pública, eventual processo administrativo sancionatório contra o particular será imediatamente arquivado; abatimento proporcional da dívida em caso de atraso ou que os prazos a serem cumpridos pelo particular ficam paralisados até que

---

na ordem de 10 a 15%.” (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 158)

<sup>319</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 794.

a Administração Pública faltosa se regularize (espécie de exceção do contrato não cumprido, do direito civil).

De todo modo, é importante ter-se em mente que as sanções por descumprimento do compromisso não devem ser desproporcionais e/ou mais gravosas do que se fossem aplicadas pela via unilateral. Também não podem onerar desarrazoadamente os cofres públicos e implicar em renúncias na forma do inciso II do parágrafo primeiro do artigo 26. Por fim, repita-se que as sanções servem como um estímulo ao cumprimento do acordo; não são, destarte, um fim em si mesmas. Por consectário lógico, devem ser estipuladas no compromisso também de forma moderada, proporcional e equânime.

#### 4.3.2.3 Interesse geral

Entende-se que a redação do dispositivo foi infeliz ao valer-se da expressão “relevante interesse geral” – especialmente em relação ao termo relevante. Isso porque o próprio conceito de interesse público é bastante abstrato, de pouca clareza e difícil intelecção; extrair o sentido de interesse geral e, ainda, *relevante*, parece tarefa praticamente impossível da simples leitura do dispositivo. O que é relevante? Relevante aos olhos de quem? Interesse geral é diferente de interesse público<sup>320</sup>?

Para entender a exata dimensão do dispositivo, nem mesmo o conhecimento técnico pode ser suficiente (o que dificulta a compreensão do dispositivo pelos gestores públicos e pelas pessoas em geral, nem sempre bacharéis em direito). No fim das contas, caberá às demais fontes de direito (doutrina e jurisprudência) delimitar seu sentido, na medida em que nem mesmo a própria LINDB, tampouco sua exposição de motivos, fez questão de explicar.

De toda forma, seguindo a lógica de abstração e generalidade, bem como de instrumentalidade do Direito Administrativo, parece que o termo foi escolhido com o condão de alinhar-se à mesma denominação empregada no inciso II do artigo 2º e do artigo 31, Lei de Processo Administrativo (Lei n.

---

<sup>320</sup> Define-se interesse público a partir da satisfação dos objetivos perseguidos pela Administração Pública e pela própria Sociedade, de acordo com determinada ordem de valores resguardadas pelo ordenamento jurídico.

9.784/1999), lei que suplanta a LINDB no que se refere ao procedimento; a expressão também é encontrada no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição<sup>321</sup>. Presume-se que o objetivo também tenha sido o de conferir a maior abertura possível ao conceito, de modo a permitir a utilização do compromisso nas mais variadas formas e hipóteses; também pode significar a compreensão da lei quanto à complexidade da gestão pública e da constante revisitação de seus conceitos. Nesse sentido:

Aliás, é inevitável a utilização de um conceito jurídico indeterminado, a fim de garantir que a aplicação da norma seja constantemente atualizada e compatível com as necessidades de seu tempo exato de aplicação. Trata-se da influência da realidade sobre a atuação jurídico-administrativa mediante sua absorção em parâmetros procedimentais previamente definidos<sup>322</sup>.

Para Daniela Campos Libório, apesar de não haver clareza quanto à expressão, deve-se compreendê-la distante da noção de interesse secundário, ou seja, aquele considerado como o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica<sup>323</sup>. Segundo a autora

---

<sup>321</sup> Art. 5º   XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de **interesse** coletivo ou **geral**, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 16 mai 2019) (grifo nosso).

<sup>322</sup> GAROFANO, Rafael Roque; STEIN, Daniel Almeida; ZABLITH, Marc Bujnicki. Relevante interesse geral, requisitos para o acordo e vetos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 334.

<sup>323</sup> “Os interesses a que se aludiu são interesses secundários e que a pessoa governamental tem apenas segundo os termos em que o teria qualquer outra pessoa. Não são interesses públicos. Não respondem à razão última

□□ interesse público da Administração Pública enquanto pessoa jurídica ou órgão tem um alcance muito mais reduzido do que aquele que envolve todas as partes da questão a ser resolvida: agentes, autoridades, partes diretas e incidentais, sociedade civil, quando pertinente. Portanto, afastada está a hipótese de um cenário em que a Administração Pública impõe um ‘acordo’ posto que interessante para si, apenas e tão somente”<sup>324</sup>.

Em relação ao direito estrangeiro, tem-se que a definição de interesse geral no sistema francês é a que mais próxima do que aqui se entende por interesse público<sup>325</sup>. Trata-se de “somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores”<sup>326</sup>. Apesar da tentativa de definição, ainda não se tem clareza sobre o que isso significa na prática dos compromissos da LINDB.

---

de existir das pessoas governamentais em geral. Daí que, como bem observou Alessi, o interesse secundário só pode ser perseguido se e quando coincidente com o interesse público primário que é, em rigor, o único interesse público: portanto, o único que pode ser buscado por um ato administrativo”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 17).

<sup>324</sup> LIBERIO, Daniela Campos. Comentários gerais ao dispositivo. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 324.

<sup>325</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 230.

<sup>326</sup> ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Comentários ao artigo 26 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 329

Expostas diferentes opiniões, objetivamente adota-se aqui a noção de interesse geral como sinônimo de interesse público. O compromisso, nesse sentido, serve para realizar o interesse público, considerado como a satisfação dos fins perseguidos pela Sociedade de acordo com o conjunto de regras e princípios definidos na Constituição. É, dizendo-se de outro modo, a geração de externalidades positivas para os indivíduos vistos como um todo, para a economia, a cultura, o meio ambiente etc, abrangendo interesses além das partes envolvidas no compromisso<sup>327</sup>. Havendo clareza quanto à intenção de satisfação desses elementos aqui referidos, ou seja, transcendendo o mero interesse das partes envolvidas (Estado como pessoa jurídica e particular<sup>328</sup>), há relevante interesse geral para os fins da lei.

A propósito, vale a seguinte ressalva: evidente que o acordo também estará realizando o interesse privado do compromissário. Todavia, não é esse o elemento central que permite a celebração do acordo do artigo 26 LINDB. A satisfação do interesse privado é mero reflexo da realização concomitante do interesse público – e não objetivo primário do compromisso.

Ao fim e ao cabo, o relevante interesse geral deverá sempre ser demonstrado no caso concreto e de forma abertamente motivada e justificada. Seu sentido será construído casuisticamente em cada minuta de compromisso que for celebrado pela Administração Pública. Conforme salienta Rafael Roque Garofano, nesses casos, o relevante interesse geral é “componente de **motivação** do ato enquanto como elemento de validade do compromisso a ser eventualmente celebrado”<sup>329</sup>. Diante da

---

<sup>327</sup> GAROFANO, Rafael Roque; STEIN, Daniel Almeida; ZABLITH, Marc Bujnicki. Relevante interesse geral, requisitos para o acordo e vetos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 333.

<sup>328</sup> Evidente que o acordo estará satisfazendo o interesse privado do compromissário. Todavia, não é esse o elemento central que leva à celebração do acordo. A satisfação do interesse privado é mero reflexo da realização concomitante do interesse público.

<sup>329</sup> GAROFANO, Rafael Roque; STEIN, Daniel Almeida; ZABLITH, Marc Bujnicki. Relevante interesse geral, requisitos para o acordo e vetos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito**

amplitude do conceito, cabe à autoridade administrativa demonstrar, no caso concreto, o preenchimento do requisito. Isto é, justificar de que modo o compromisso se presta à realização de um “relevante interesse geral”.

A demonstração da satisfação do interesse público em concreto, o que se faz indicando, na minuta do acordo, o problema e sua solução jurídica, bem como os fatores que levaram à sua celebração e as consequências que advirão dessa decisão, também é fator importante para afastar as suspeitas de conluio entre o particular e a Administração Pública, bem como resguardar as partes celebrantes de eventuais questionamentos dos órgãos de controle.

Da mesma forma, ao pressupor a existência de interesse público (ou geral, para os fins aqui adotados), fulmina-se, de uma vez por todas, a discussão teórica a respeito de a consensualidade representar a disponibilidade do interesse público. O compromisso positivado pela LINDB não significa derrogar o interesse público, mas sim atingi-lo de outra forma, mais eficiente e participativa. Nesse sentido, conforme destacam Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, o compromisso pode versar sobre qualquer objeto, desde a prerrogativa sancionatória até fiscalizatória, uma vez que está relacionado à funcionalidade do instrumento para a consecução do interesse público, na medida em que as prerrogativas não são um fim em si mesmas. Elas servem, igualmente, à satisfação do interesse público. No entanto, se o compromisso o realiza da melhor forma, deve ser privilegiado. “Assim, a LINDB poderá envolver qualquer assunto público, desde que se destine a endereçar um dos problemas de legitimação do pacto”<sup>330</sup>.

#### **4.3.3 Eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa**

---

**brasileiro - anotada:** Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 333.

<sup>330</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 142.

A LINDB previu três situações que, em tese, permitem a celebração do compromisso de que trata o artigo 26. Permite-se a solução consensual para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa. Ademais, as hipóteses podem estar presentes juntas ou separadamente, a depender do cenário fático concreto. Ainda assim, não basta que em determinada situação exista irregularidade, incerteza ou situação contenciosa, para que se possa firmar o acordo deve coexistir, como mencionado anteriormente, razões de relevante interesse geral.

Com efeito, tem-se que “[o] compromisso perde a sua validade quando deixa de se voltar às circunstâncias práticas que determinaram a sua celebração, considerando a relação finalística que a LINDB apresenta”. Assim, importante que as negociações e, posteriormente, o compromisso sejam desenhados de modo a evidenciar o modo (ou seja, a solução jurídica) pelo qual a irregularidade, incerteza ou situação contenciosa serão contornadas.

De forma geral, antes de adentrar especificamente em cada uma das hipóteses, sugere-se que cada compromisso seja construído valendo-se da proporcionalidade como técnica instrumental por considerá-la adequada a justificar, em cada caso concreto, as razões que levaram à solução escolhida: (i) adequação, ou seja, a solução jurídica deve ser suficiente à resolução da questão; (ii) necessidade, pela imposição do menor gravame; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito “ser a que melhor traduz e potencializa o plano do compromisso”<sup>331</sup>.

#### 4.3.3.1 Irregularidade

A irregularidade de que trata o artigo 26 diz respeito à conduta do agente ou à determinada situação jurídica, e pode decorrer da violação legal ou contratual. O objetivo, portanto, é de identificar e cessar a irregularidade, sendo o compromisso a forma que atende a essa expectativa de forma mais eficiente e consentânea ao interesse público concreto. Como ressaltam Sérgio

---

<sup>331</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 162-163.

Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma<sup>332</sup>, os exemplos mais comuns estão no âmbito dos processos administrativos fiscalizatórios e sancionatórios, a exemplo dos compromissos de cessação de conduta irregular do CADE ou os acordos substitutivos de sanção de uma forma geral<sup>333</sup>. É o caso, por exemplo, de concessionárias que deixem de realizar os investimentos necessários contratualmente previstos; de empresa licenciante que descumpra os requisitos para a expedição e manutenção de licença ambiental ou não se adeque às normas correlatas; de permissionária ou autorizatória que descumpra as normas da entidade reguladora sobre a prestação do serviço<sup>334</sup>.

Os acordos também podem versar sobre as hipóteses da Lei n. 8.666/93. O descumprimento de prazos contratuais, irregularidades materiais na execução do objeto contratual (desde que não contrariem as soluções já impostas pela lei especial) são exemplos. Nestes casos, ao invés de rescindir o contrato ou aplicar as penalidades – levando a Administração Pública a ter que reiniciar o processo licitatório<sup>335</sup> ou contratar o segundo colocado

---

<sup>332</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei n° 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 151.

<sup>333</sup> Juliana Bonacorsi de Palma esclarece que os acordos substitutivos servem a três funções: “(i) substituir a sanção administrativa ao final do processo administrativo; (ii) suspender o trâmite do processo administrativo sancionador com a celebração do acordo administrativo e, após cumprimento de seus termos, determinar a extinção do processo; ou (iii) impedir a instauração de processo administrativo sancionador”. Para estudo aprofundado sobre os acordos substitutivos ver: PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 252-257.

<sup>334</sup> Há uma série de normativas específicas sobre essas modalidades de acordos nas agências reguladoras, a exemplo da Resolução ANATEL n. 629/2013, a Resolução ANTT n. 5.923/2019 e a Resolução ANAC n. 472/2018.

<sup>335</sup> Estudos do Instituto Negócios Públicos apontam que o procedimento licitatório custa, em média, cerca de R\$ 14.350,41 em valores de 2015, considerando as despesas com pessoal, gastos materiais, tempo. (VOC sabe quanto custa uma licitação? **SICONV**, 10 jan. 2018. Disponível em: <http://siconv.com.br/voce-sabe-quanto-custa-uma-licitacao/>. Acesso em: 20 abr. 2019).

em posições desvantajosas, pode-se celebrar compromisso que cesse a irregularidade desde que realize igualmente o interesse público (ainda que de outra forma que não a via tradicional). Não cabe, por evidente, conceder qualquer vantagem ou a recomposição do equilíbrio econômico caso a conduta irregular tenha decorrido por ação ou omissão do próprio particular, hipótese em que ficaria configurado o enriquecimento ilícito. Da mesma forma, irregularidades não podem ser forçadas com o objetivo de viabilizar um acordo com a Administração Pública. As autoridades e os gestores dos contratos devem ficar atentos quanto a manobras ardilosas dos contratados nesse sentido. A ideia do compromisso é tão simplesmente eliminar a irregularidade evitando caminhos conflituosos e menos eficientes

Daniela Campos Libório, por outro lado, vê a hipótese de celebração de compromisso “quando há a constatação de que a produção de um ato administrativo deu-se em desconformidade com a lei, mas essa desconformidade é modulada por baixo impacto normativo e possível de ser convalidada”<sup>336</sup>. A autora equipara a convalidação dos atos administrativos à celebração do compromisso. Sucede que, nessas hipóteses, entende-se desnecessária a celebração de compromisso na forma da LINDB uma vez que a Administração Pública, pela autotutela, pode rever anulando ou convalidando, conforme o caso, os atos produzidos em desconformidade com o ordenamento jurídico. Não há qualquer razão em celebrar um compromisso com o particular, passando por todo o procedimento administrativo estabelecido na LINDB, se a irregularidade pode ser sanada de ofício com a simples edição de ato administrativo sem a geração de dano ao particular e a terceiros. Com efeito, parece que a irregularidade tratada na LINDB serve justamente para hipóteses mais complexas, que envolvam condutas do particular, tais como as dos exemplos referidos acima.

#### 4.3.3.2 Situação contenciosa

---

<sup>336</sup> LIBÓRIO, Daniela Campos. Comentários gerais ao dispositivo. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 323.

Também recorrente, parece a situação mais remansosa em identificar. Entende-se que a expressão situação contenciosa abarca tanto os conflitos do “contencioso administrativo” propriamente dito, a exemplo dos tribunais administrativos tributários, desportivos ou conselhos administrativos (na hipótese de litígios ambientais), como em qualquer situação em que haja uma contenda entre as partes, seja na via administrativa ou judicial. Isto é, imagina-se a hipótese em que Administração Pública e contratado, na execução de uma obra, divergem acerca de suas obrigações contratuais – causando celeuma que pode causar desde a extinção do contrato até a judicialização do caso. Não há, aqui, propriamente irregularidade porque não se constatou ato ilícito de quaisquer das partes. Está-se apenas diante de uma situação contenciosa.

Quanto à via judicial, parece não haver maiores discussões. Além das hipóteses da lei de mediação, pode ser também utilizado o acordo com fundamento na LINDB. Não se desconhece a existência da Lei n.13.140/2015, que também prevê hipóteses de resolução consensual dos litígios. De toda sorte, a aplicação da lei está limitada ao procedimento da mediação, em hipóteses mais restritas. O acordo da LINDB envolve, ao que se percebe, espectro mais amplo.

Da mesma forma, ambos os acordos firmados com fundamento em irregularidade ou situação contenciosa têm relação com os acordos substitutivos. Isto porque podem servir tanto para obstar a instauração do processo (administrativo ou judicial), como para, no curso do processo, por fim ao litígio (tanto em fase recursal ou até mesmo em sede de execução). Igualmente, Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma esclarecem que nem sempre a Administração Pública será parte no conflito; a “autoridade administrativa pode estar diante de uma situação contenciosa na condição de árbitra, como promisso será similar uma decisão de mediação”<sup>337</sup>.

A LINDB não especifica quando o compromisso pode ser firmado, o que admite variadas soluções. Inclusive, justamente por

---

<sup>337</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 151.

essa flexibilidade, o momento de celebração do compromisso pode ser escolhido estrategicamente. Nada impede, por exemplo, que caso a situação não seja regularizada pela via do acordo na hipótese de “irregularidade”, isto é, quando ainda não há uma controvérsia instaurada entre as partes, seja possível saná-la quando já estiver na fase contenciosa. Em algumas situações, por mera conveniência, a Administração Pública pode valer-se da “ameaça” de sanção para conseguir melhores resultados e aguardar o melhor momento para realização do compromisso. Há amplo poder de negociação às autoridades administrativas, que devem, no entanto, utilizá-lo com racionalidade e proporcionalidade. Afinal, o interesse último é a persecução do interesse público.

#### 4.3.3.3 Incerteza jurídica

A última hipótese é a celebração de compromissos para eliminar incerteza jurídica. A finalidade aqui é a de extrair da autoridade administrativa um “pronunciamento claro e concreto sobre o objeto da dúvida”<sup>338</sup>.

Ressalta-se que não necessariamente nesse caso há um direito violado. A incerteza jurídica pode envolver um desajuste de entendimentos sobre determinada matéria entre particular e Administração Pública e não implica obrigatoriamente a existência de uma irregularidade ou de um litígio. A respeito, Renata Fuchs de Araújo elucida que o compromisso envolvendo incerteza jurídica “tem como finalidade pôr fim a esta disputa, através de uma solução consensual no que tange à definição do interesse público, sem necessariamente definir um transgressor”<sup>339</sup>.

Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma desenham alguns cenários possíveis de celebração de compromisso com base

---

<sup>338</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 152.

<sup>339</sup> ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Comentários ao artigo 26 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 330.

em incerteza jurídica. No primeiro, a própria Administração Pública é a “fonte da incerteza jurídica, como nos casos de demora para a tomada de decisão administrativa”, de “discrepância de entendimentos sobre a aplicação de uma determinada norma na repartição pública ou uma nova composição de colegiado ou de autoridade decisória”<sup>340</sup>. Embora se compreenda o cenário de incerteza jurídica ilustrado pelos autores nas hipóteses em questão, entende-se que, em nenhuma delas, o compromisso administrativo seja necessário. Falta o requisito de adequação, uma vez que a incerteza jurídica pode ser sanada simplesmente pelo pronunciamento oficial da Administração Pública a respeito da matéria controvertida, seja por meio de parecer jurídico, resolução ou qualquer outra forma de manifestação de seu entendimento.

Outro cenário envolve as hipóteses de regulação de novas atividades ainda não apreciadas pela Administração Pública. Como pontuam os autores, há “discrepância entre o tempo da inovação e o tempo da regulação”, de modo que “o tempo de mercado é veloz enquanto a regulação é uma [a]ção de retrovisor”: analisam-se casos passados visando a uma determinação regulatória com efeitos futuros”<sup>341</sup>. O exemplo já foi abordado com maior profundidade no tópico desta pesquisa que trata da consulta pública, razão pela qual reitera-se aqui as razões lá expostas. Esclarece-se apenas que, nessas hipóteses, em que o exercício de determinada atividade econômica depende da chancela da Administração Pública, pode-se, para o efeito de evitar que o empreendimento seja inviabilizado, celebrar acordo com a Administração Pública disciplinando provisoriamente as regras até deliberação definitiva<sup>342</sup>. O art. 26 da

---

<sup>340</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 152.

<sup>341</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 153.

<sup>342</sup> Pontuam os autores que nesses casos, a incerteza jurídica pode acabar por “inviabilizar empreendimentos econômicos e sociais, aumentar o seu custo de transação, retardar negociações e desestimular futuros investimentos quando condicionados a decisões administrativas, como

LINDB aqui, portanto, tem a função de, presentes razões de interesse geral, determinar as “bases normativas aplicáveis ao caso, a fim de solucionar e pacificar a questão”. É o equivalente à vedação do *non liquet*<sup>343</sup> na Administração Pública.

#### 4.4 PROCEDIMENTO

Entende-se que os compromissos devem ser celebrados observando-se um rito equivalente a de um processo administrativo, aplicando-se, inclusive, as disposições da Lei de Processo Administrativo (n. 9.784/1999). O procedimento para celebração do compromisso envolve uma série de etapas (iniciativa, instrução e celebração do compromisso propriamente dita). Os subtópicos a seguir tratarão de alguns pontos importantes envolvendo cada uma destas etapas.

##### 4.4.1 Iniciativa

Aqui não há maiores dificuldades interpretativas ou debates significativos. A celebração dos compromissos pode decorrer tanto de iniciativa da Administração Pública do particular<sup>344</sup>.

---

autorizações, permissões e licenças.” (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 153).

<sup>343</sup> A expressão significa a máxima de que o Poder Judiciário não pode deixar de julgar questão que lhe foi submetida diante da ausência de norma regulamentadora. Tem relação direta com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV da Constituição de 1988. (KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **RDA** □ **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015).

<sup>344</sup> Para maior aprofundamento a respeito da manifestação de vontade nos acordos, ver: MIRAGAYA, R. B. **Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo**: entre atos unilaterais e contratos. 2016. 304 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Entende-se cabível em qualquer tempo. As tratativas para o compromisso podem ocorrer em fase extrajudicial, contenciosa ou não, e judicial (em sede de ação de conhecimento ou até mesmo em fase de execução).

Sugere-se que, embora já haja intenção prévia das partes em celebrar o compromisso, a intenção de iniciar as tratativas seja formalizada por escrito, uma vez que os atos processuais, como bem pontuam Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, devem se dar por escrito. Da mesma forma, o procedimento administrativo para a celebração do compromisso “pode tanto ser um processo autônomo quanto um apenso ao principal, como os processos de autorização ou sancionadores”<sup>345</sup>.

#### 4.4.2 Instrução

##### 4.4.2.1 Consulta pública

Ao inserir a consulta pública, a LINDB previu interessante mecanismo para conferir maior legitimidade aos compromissos firmados com base no artigo 26. Indo direto ao ponto, de início, tem-se que a decisão pela abertura ou não à consulta pública é discricionária. Não à toa a LINDB valeu-se da expressão “quando for o caso”.

É desnecessário, nesse momento, discorrer sobre o conceito de consulta pública e sobre sua importância no que se refere à efetiva participação administrativa, tal como se defendeu no segundo capítulo<sup>346</sup>. A questão é que nem todos os assuntos merecem o respaldo de participação direta da Sociedade. A prevalecer o entendimento de que todo e qualquer tipo de negociação entre a Administração Pública e o particular deve merecer a chancela da consulta pública significaria, de um lado, tirar toda a legitimidade de decisão dos gestores públicos e, de

---

<sup>345</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 154.

<sup>346</sup> O instituto da consulta pública não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois foi introduzido por meio do artigo 31 da Lei n. 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo).

outro, inviabilizar por completo a consecução dos acordos. Apesar de serem importantes instrumentos, há uma série de estudos revelando os problemas relacionados às consultas e às audiências públicas<sup>347</sup>. Tais instrumentos devem, sim, ser utilizados, mas com as devidas cautelas e ressalvas.

A propósito, é o artigo 29 da LINDB, também inserido por ocasião da Lei n. 13.655/2018, que disciplina a consulta pública. O dispositivo, complementando a previsão do artigo 26, dispõe que a consulta deverá ser preferencialmente em meio eletrônico – o que vai depender, naturalmente, de estrutura física e de pessoal de cada ente/entidade (por isso a expressão preferencialmente, ao considerar a realidade fática de cada órgão). A LINDB também é clara ao definir que o resultado da consulta será *considerado* na tomada da decisão. Vale a ressalva: considerar a consulta pública evidencia seu caráter consultivo e não deliberativo. Ela deve ser observada e não necessariamente acatada. Ainda assim, como ponto de crítica, embora se concorde com a ideia de conferir a decisão final à autoridade administrativa, não se poderia deixar de destacar o impacto político negativo em se celebrar um ajuste que vai contra a decisão de uma consulta pública. De toda sorte, o risco é do gestor.

É certo que a Administração Pública goza de legitimidade para celebrar ajustes e decidir, no caso concreto, em assuntos corriqueiros da atividade administrativa, a melhor forma de consecução do interesse público. Nesse sentido, parece que a LINDB quis reservar a consulta pública às hipóteses de maior complexidade e, talvez, mais “delicadas” (por faltar aqui expressão

---

<sup>347</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **AFC Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006; SANTOS, Fabio Gomes dos. Audiências públicas como arenas de veto. **Órum Administrativo** **OA**, Belo Horizonte, ano 15, n. 177, p. 35-40, nov. 2015; FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da Administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, mar./abr. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=51017>. Acesso em: 14 mai. 2019; VESTENA, Carolina Alves. Audiências públicas: diagnóstico empírico sobre os limites da participação social. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** **RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 973-1020, out./dez. 2012.

que melhor traduza). Ainda assim, ressalta-se, novamente, que a competência para decidir quanto à utilização do instrumento é da autoridade administrativa, a cuja posição se deve deferência.

De toda forma, vislumbram-se alguns exemplos de abertura à consulta pública envolvendo acordos que cuidem de altos valores ou riscos, sem prejuízo de outras hipóteses.

Imagine-se situação em que o particular (empresa, conglomerado econômico, enfim) deseja investir e implementar novas tecnologias ou comercializar/importar produtos ainda não regulados pela Administração Pública brasileira<sup>348</sup>. Por vezes e por razões das mais diversas (burocracia, corrupção e conchavos com outros *players* do mercado, falta de agentes públicos capacitados para regular a matéria, falta de recursos etc.), pode haver morosidade ou inércia na edição das normativas necessárias para viabilizar a iniciativa do particular, pelo que o investimento poderia acabar fulminado. Nesses casos de incerteza jurídica, há duas opções: pode o particular decidir correr o risco e comercializar/investir sem o necessário amparo regulatório sob pena de posterior sanção ou pode-se admitir compromisso para que a Administração viabilize a iniciativa prevendo, nos termos do ajuste, cláusulas que definam eventual cronograma e forma de investimento, relatórios periódicos para controle pelas autoridades competentes, responsabilidade pelos riscos dos investimentos, dentre uma infinidade de obrigações que podem ser disciplinadas no compromisso<sup>349</sup>. Assim, garante-se segurança jurídica para o

---

<sup>348</sup> O comentário de Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma sobre o cenário regulatório brasileiro é deveras pertinente: “Outro cenário corresponde à *discrepância entre o tempo da inovação e o tempo da regulação*. Sabe-se que o tempo de mercado é veloz enquanto a regulação é uma “ação de retrovisor”: analisam-se casos passados visando a uma determinação regulatória com efeitos futuros. (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 152).

<sup>349</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 153-154.

investimento e para os gestores públicos. Sobrevindo as normas regulatórias, convalida-se o acordo. Ou, na eventualidade da autoridade administrativa entender posteriormente por não permitir ou alterar as condições para tal tecnologia ou produto, rescinde-se (ou altera-se) o acordo. Isso tudo resguardando-se, claro, a proteção ao ato jurídico perfeito e às situações consolidadas de boa-fé.

Outra hipótese de consulta pública em compromissos que envolvam altos valores, é o caso de situações contenciosas com alto impacto financeiro e de relevância social. Nesses casos, em acordos de cifras milionárias (por vezes, até bilionários), seja na esfera judicial ou administrativa (a LINDB permite em qualquer esfera), há uma série de questões envolvidas, de modo que a mera vontade das partes em celebrar o compromisso pode não ser o suficiente para conferir legitimidade plena ao ajuste. Pode-se citar, a título exemplificativo, o acordo entre a força-tarefa da Lava-Jato e a Petrobras com o objetivo de criar um fundo anticorrupção<sup>350</sup>. Conquanto possa até ser considerado legal, parece salutar que haja consulta pública à sociedade para que se confira maior sustentação e grau de legitimidade ao acordo, até porque trata-se de algo próximo a cifra de 2,7 bilhões de reais. Aliás, a forma desajustada como o acordo acabou sendo conduzido, fez com que sua legitimidade fosse questionada por todos: pela Sociedade, academia, mídia, órgãos de controle e até internamente no próprio Ministério Público Federal. Não foi diferente com o acordo bilionário de leniência do Grupo J&F.

Tomando-se por exemplo, de outra mão, as contratações públicas, outra hipótese vem à mente. Em concessões geralmente o inadimplemento da Administração Pública em recompor o reequilíbrio do contrato gera um passivo bastante relevante, especialmente considerando o longo prazo de contratos dessa estirpe. Nesses casos, a saída mais comum é prorrogar o prazo contratual por um par ou dois de décadas, de modo a garantir a amortização do débito público. Em alguns casos, pode ser a melhor saída. De toda sorte, em outros, com maiores impactos, por vezes

---

<sup>350</sup> Por mais que a questão diga mais respeito à seara penal do que administrativa, e embora haja debate acerca da própria legalidade da avença, o exemplo é pertinente em razão da proporção que o assunto ganhou na mídia.

pode ser importante ouvir a população antes de celebrar um ajuste nesse sentido.

A hipótese comporta uma infinidade de exemplos, de cuja totalidade não é escopo desta pesquisa enfrentar<sup>351</sup>.

#### 4.4.2.2 Oitiva do órgão jurídico

A LINDB não especifica em que momento se deve dar a oitiva do órgão jurídico. Mas é ideal que participe desde o momento inicial das tratativas, onde se formula a intenção de celebrar o compromisso. A consultoria jurídica é essencial para “melhor compreender o cenário de irregularidade incerteza jurídica ou situação contenciosa em pauta, assim como as ordens de preocupação e os interesses em jogo”<sup>352</sup>.

De toda forma, como acontece nos procedimentos administrativos de maneira geral, a manifestação jurídica formal geralmente dá-se ao final do procedimento por meio de parecer em que se avalia se as formalidades legais foram observadas (especialmente as previstas pela própria LINDB), ou seja, se a irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa estão devidamente delimitadas, se há interesse público etc. A análise jurídica confere legitimidade e legalidade ao acordo, bem como segurança jurídica às partes envolvidas.

---

<sup>351</sup> Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma elencam outras hipóteses onde a consulta pública pode ser franqueada, a exemplo de acordos com impactos concorrenciais, econômicos ou que implique na escolha de beneficiários diretos; impacto social, político ou humanitário do compromisso, inclusive nos casos em que haja desconfiança ética das tratativas; compromissos complexos ou em cenários complexos, onde seja difícil o mapeamento dos interesses em jogo. In: (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 156).

<sup>352</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 157.

Da mesma forma, embora não obrigatório, é importante que se verifique se há motivação para a celebração do compromisso. É que, embora seja opção discricionária do gestor, entende-se pertinente que o cenário fático seja exposto e que, na medida do possível, sejam externadas as razões que levaram a autoridade administrativa a escolher a via do acordo ao invés da solução pela via tradicional. Deve-se pecar por excesso de zelo, quanto melhor fundamentada a opção, mais resguardada estará a opção do gestor.

Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Paula pontuam, ainda, que a opinião jurídica não vincula a autoridade administrativa. O parecer jurídico é requisito obrigatório, mas cujas conclusões não necessariamente devem ser acatadas integralmente pela Administração Pública. Os autores apontam exemplo onde determinada opinião jurídica revela-se contrária à celebração do acordo ao argumento de que a consensualidade na Administração Pública representaria afronta à indisponibilidade do interesse público. A autoridade administrativa, nesse caso, pode discordar das razões demonstrando a juridicidade do ajuste, uma vez que lhe cabe considerar a opinião jurídica, e não necessariamente acatá-la. De toda forma, tal como ressaltaram os autores, tal situação parece ir contra a realidade prática, uma vez que é altamente arriscado ao gestor público ir contra uma opinião jurídica, ainda que justifique sua opção. Daí ser importante, na visão dos autores, o envolvimento do órgão jurídico desde o começo, já que o “custo institucional e reputacional em se opor à manifestação jurídica é elevado e, por vezes, o compromisso pode deixar de ser celebrado pelo simples desconforto decisório da autoridade administrativa”<sup>353</sup>.

### 4.4.3 Celebração do compromisso

#### 4.4.3.1 Competência

O início do procedimento que resultará, ao final, na celebração do acordo, pode ser de iniciativa tanto do particular

---

<sup>353</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 157.

como da própria Administração Pública<sup>354</sup> Nada impede que o particular, enquadrando-se nas hipóteses de “incerteza jurídica, irregularidade ou situação contenciosa” procure a autoridade administrativa com o objetivo de por termo à controvérsia. No mesmo sentido, pode a autoridade administrativa propor o acordo ao particular, uma vez que, independente de quem tomar a iniciativa, o compromisso terá por finalidade a consecução do interesse público.

Quanto à competência, o compromisso pode ser celebrado por qualquer autoridade administrativa, apesar de a LINDB não ter deixado claro quem possa ser tal autoridade. Talvez de forma proposital, a fim de evitar imiscuir-se na estrutura de cada órgão da Administração Pública. Também “possivelmente para evitar debates sobre a capacidade jurídica de órgão, destituído de natureza administrativa, celebrar acordos”<sup>355</sup>. Sem mais rodeios, cabe à organização interna dos órgãos e entidades disciplinar quem é a autoridade em questão.

Sérgio Guerra e Juliana Palma sugerem os seguintes cenários para delimitação da autoridade administrativa:

- a) Autoridade competente geral: é a regra. Nesses casos a autoridade administrativa equipara-se aquela que tem competência decisória dentro da estrutura organizacional.
- b) Autoridade competente por especialidade: é aquela cujo regulamento do órgão foi expresso em atribuir a competência para a celebração de acordos e negociação.
- c) Autoridade competente por hierarquia: como a LINDB admite aplicação supletiva da Lei n. 9.784/1999, é o caso de avocação pela autoridade hierarquicamente superior que, em último caso, terá competência para decidir ainda que de forma excepcional.

---

<sup>354</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 144.

<sup>355</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 149.

d) Autoridade competente por delegação: Pelo artigo 13 da Lei n. 9.784/1999 não há vedação à delegação da competência para transigir, podendo o regulamento do respectivo órgão admiti-la, portanto.

e) Autoridade competente no ato complexo: Por vezes a celebração do acordo pode envolver questões complexas que demandem o envolvimento de mais de uma autoridade. Os autores dão o exemplo de casos em que a autoridade competente para negociar é diferente da designada para assinar o compromisso.

#### 4.4.3.2 Negociação com a autoridade competente

Superada a fase de deflagração do procedimento, pode-se oficialmente dar início às tratativas. Embora na prática, seja em relações privadas ou públicas, o fenômeno da negociação envolva traços de oralidade e pessoalidade na condução, contando sobretudo com o recurso às técnicas negociais, é importante que as tratativas sejam conduzidas às claras, observando os princípios regentes da atividade administrativa, tal como orienta o artigo 2º da Lei n. 9.784/1999<sup>356</sup>. Ou seja, em síntese, deve-se primar pela

---

<sup>356</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

ética, pela probidade e, sobretudo, pela persecução de uma finalidade pública. Afinal, essa é a pedra de toque não só do compromisso da LINDB, como de toda a Administração Pública.

Devem ser observadas também, ao longo de toda a negociação, todas as garantias processuais do processo administrativo, como por exemplo, a ciência da tramitação processual (art. 3º, II) e intimações dos atos (art. 26 e art. 28), ampla instrução probatória, quando for o caso<sup>357</sup> (art. 29), juntar documentos, pareceres, requerer diligências e perícias, bem como, ao final, apresentar alegações finais (art. 44).

Concluída as negociais e realizadas as formalidades essenciais (oitiva do órgão jurídico e consulta pública, esta última quando for o caso) segue-se com as assinaturas das partes (autoridade administrativa competente e do particular). Há possibilidade também, como já é feito na prática, colher a assinatura de testemunhas, embora não haja exigência legal<sup>358</sup>.

Por fim, deve ser conferida a devida publicidade ao compromisso para que surta efeitos jurídicos, por meio de publicação em diário oficial ou equivalente. É fortemente recomendado, igualmente, embora não obrigatório, a publicação

---

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

<sup>357</sup> É a hipótese de eliminação de incerteza jurídica ou de irregularidade, quando o particular deve demonstrar os planos de investimento e o atendimento às regras tidas por violadas.

<sup>358</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 157.

em plataforma eletrônica em tributo à transparência e à participação administrativa<sup>359</sup>.

#### 4.4.4 Necessidade de edição de regulamentos □

Como dito, o artigo 26 da LINDB propôs-se a ocupar o espaço de amplo permissivo genérico, servindo de sustentáculo à celebração dos mais diversos compromissos no âmbito da Administração Pública, em todas suas três esferas. Justamente por isso defende-se que a LINDB era o “local” mais adequado para a inserção do artigo 26, uma vez que a Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/1999) é lei federal e de aplicação subsidiária por outros entes. Essa, inclusive, é a posição de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>360</sup>.

Nesse sentido, o artigo 26 tem aplicação plena

□a □todas as esferas federativas, a todos os ramos do direito nacional e,

---

<sup>359</sup> É como defende Gustavo Henrique Carvalho Schiefler: “Se algum dia a publicidade fixada em murais dos órgãos públicos, ou publicada em diários oficiais impressos, já foi considerada suficiente para atender à imperatividade do princípio da publicidade, é seguro que atualmente essa prática, e outras similares, são insuficientes.

A administração pública precisa se adequar à hipermodernidade. Para que do processo administrativo emane a desejada e verdadeira transparência, o seu conteúdo deve ser ampla e irrestritamente acessível, em tempo real, por qualquer um do povo. Em tempos modernos, reclama-se a divulgação do processo administrativo na rede mundial de computadores (internet).” (SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública**. 2016. 377 fls. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016. p. 170).

<sup>360</sup> São normas gerais sobre criação, interpretação e aplicação do direito público. Essas normas devem ser nacionais, valendo para autoridades federais, estaduais, distritais e municipais de quaisquer Poderes e órgãos. Por essa razão, o diploma legal adequado para sua veiculação é a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes Pereira (Coord. □ **Segurança jurídica e □ualidade das decis□es públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 7-8).

justamente por tais características, a competência para a sua edição é da União Federal, por abrigar regras que espelham interesses que transcendem às esferas de cada unidade federativas, de modo que suas disposições são de interesse nacional, necessárias para a coesão e unidade jurídica do país<sup>361</sup>.

Ainda que a lei seja autoaplicável, nada impede que o órgão ou ente regulamente o artigo 26 da LINDB para sua operacionalização interna<sup>362</sup>. Aliás, há quem entenda inclusive por recomendável a edição de normas regulamentadoras, de modo a padronizar os fluxos, competências e parâmetros para que os compromissos sejam firmados de uniforme no seio do respectivo órgão. Isso porque, apesar de salutar para a realização da consensualidade a existência de grau de liberdade na condução nas negociações, “a edição de normas complementares por cada ente, inclusive considerando o disposto em suas leis de processo administrativo, imprimirá maior coordenação e uniformização à atuação dos agentes públicos”<sup>363</sup>. Pode-se amplificar, com isso, a segurança jurídica, que já é a intenção primeira do artigo 26 ao disciplinar uma prática já usual, bem como a impessoalidade na

---

<sup>361</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. O sentido da LINDB no direito atual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

<sup>362</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. p. 151.

<sup>363</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da lindb e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 341.

celebração do compromisso e evitando-se, como isso “soluções individualizadas”<sup>364</sup>.

De outro lado, como bem pontua Camila Rocha Cunha Viana<sup>365</sup>, deve-se evitar excessos na regulamentação para que não se desvirtue a lógica consensual e o compromisso acabe se tornando apenas um ato administrativo unilateral “por adesão” com aparência de acordo. Ainda que a Administração Pública deva deferência à impessoalidade e à isonomia, isso está longe de significar que todas as soluções devam ser iguais.

Por último ressalta-se apenas que o artigo 26 resguardou a observância de legislação especial. Isto porque, conquanto seja permissivo genérico, pode haver, a depender da matéria a ser transacionada, regulamentação específica. Nesses casos, entende-se que devem ser seguidos os trâmites previstos na legislação ou regulamentação própria. É o caso dos termos de compromisso no do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Comissão de Valores Imobiliários ou do compromisso de ajuste de conduta da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), disciplinados, respectivamente, pelo artigo 85 da Lei n. 12.529/2011<sup>366</sup>, pelo parágrafo 5º do artigo 11 da Lei n.

---

<sup>364</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da lndb e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 341.

<sup>365</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da lndb e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 341.

<sup>366</sup> Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. (BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil/03/Atto2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019).

6.385/1976<sup>367</sup> e pelo inciso XXXIX do artigo 4º da Lei n. 9.961<sup>368</sup>. Nessas hipóteses, o artigo 26 da LINDB serve “para colmatar lacunas e trazer parâmetros adicionais à celebração desses instrumentos. A expressão “nos termos da legislação aplicável” parece, portanto, fazer claro sinal de observância à regulamentação especial.

#### 4.5 A RELAÇÃO DIRETA ENTRE CONSENSUALIDADE E A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Já em tom de fechamento, afirma-se que há relação direta do artigo 26 com a consensualidade administrativa na medida em que a LINDB incorpora uma linguagem renovada, de acordo com concepções contemporâneas. O ordenamento jurídico, em movimento lento, começou a incentivar uma abertura da Administração à consensualidade, dando destaque cada vez mais à processualidade e a negociação como instrumentos preferenciais à imposição unilateral. Assim, tem-se que “às bases de ordem e da

---

<sup>367</sup> §5º A Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a:

I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e

II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos. (BRASIL, Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

<sup>368</sup> Art. 4º Compete à ANS: XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos; §.º (BRASIL, Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/19961.htm>. Acesso em 20 mai. 2019).

atuação administrativa tornaram-se mais permeáveis à colaboração dos interessados”<sup>369</sup>. Todo esse movimento culmina com a alteração legislativa levada a efeito pela Lei n. 13.655/2018.

A LINDB não inaugura a consensualidade no Direito Administrativo brasileiro, como já ressaltado em outras oportunidades ao longo do trabalho. Todavia, ela busca superar, ao máximo, dogmas ultrapassados. Para isso, criou mecanismos que apontam a transição de um regime imperativo para consensual e procurou estabilizar relações jurídicas, eliminar incertezas jurídicas na adoção de mecanismos consensuais e consolidar a participação da sociedade na aplicação e produção de normas administrativas (consulta pública). É como pontua Karlin Olbertz Niebuhr:

A inserção desse dispositivo é mais um reflexo da perda de centralidade do ato administrativo como motor de atuação da Administração Pública, evidenciando a passagem de um direito autoritário para um direito baseado no acordo de vontades e o aumento da complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública<sup>370</sup>.

O artigo 26 da LINDB traduz no papel, portanto, a evolução dos mecanismos de consenso e da própria Administração Pública. Admite que soluções negociais fazem parte da própria natureza da atividade administrativa e realizam igualmente o interesse público, enterrando, pelo menos na teoria, questionamentos no sentido de

---

<sup>369</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da lindb e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 339.

<sup>370</sup> VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da lindb e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 339.

violação ao princípio da “supremacia do interesse público sobre o particular”, bem como da “indisponibilidade do interesse público”.

É desta forma que se defende, nesta pesquisa, que o artigo 26 realiza a lógica da consensualidade na Administração Pública brasileira, tanto por estar alinhado com um movimento de transformação do Estado rumo à redução da postura autoritária, como por buscar consolidar a consensualidade como pedra angular da atuação administrativa.

Por oportuno, é importante repisar, como já ressaltado anteriormente, que a consensualidade não substituiu integralmente a imperatividade. Os fenômenos coexistem e são importantes. O que se defende é que a consensualidade se entremostra, pelas razões expostas, caminho preferencial e mais eficiente.

Outra ressalva é importante: o artigo 26 é mais um dos mecanismos à disposição da Administração Pública, cuja escolha lhe compete. Defende-se que a escolha pela utilização ou não do compromisso é discricionária, de acordo com juízo de conveniência e oportunidade da própria autoridade administrativa. Não à toa a lei valeu-se da expressão “poderá” e não “deverá”. Isso significa que a escolha, ainda que possa passível de críticas, deve ser respeitada por todos: pela Sociedade, pelos órgãos de controle e pelo Judiciário. Nesse sentido, entende-se que não há propriamente um direito ao compromisso. Há, sim, o direito de que a Administração Pública ponha à mesa as opções disponíveis entre a via consensual e a imperativa, e que justifique sua opção.

Até seria possível cogitar questionamentos aos órgãos de controle de que a decisão eventualmente adotada pela imperativa é menos eficaz do que se fosse adotada pela via consensual ou vice-versa. No entanto, vê-se com muitas ressalvas o controle do mérito da decisão administrativa com base no princípio da eficiência. Isto porque a decisão mais eficiente para um gestor pode não ser a mais eficiente para o Ministério Público ou para o juízo que aprecia a causa. O caminho dessa discussão é tortuoso e deve ser evitado, salvo nas hipóteses em que for escrachada a desvantagem da opção imperativa ou consensual. A regra é a deferência à decisão da autoridade administrativa.

A propósito, o controle exercido, de forma geral, deve ser sobre a legalidade do compromisso, ou seja, analisando se os requisitos previstos no artigo 26 foram atendidos em concreto. Se há incerteza, irregularidade ou situação contenciosa e, sobretudo, se há interesse público subjacente no acordo. Admite-se que o

controle é tema complexo, que demandaria, inclusive, pesquisa própria para que fosse tratado com o rigor que lhe é necessário – motivo pelo qual optou-se não o fazer por esta via.

#### 4.6. O QUE ESPERAR

A consensualidade representa, mais do que instrumentos concretos de acordo, uma mudança de postura. E mudanças de postura estão geralmente associadas com a cultura. Defende-se que a lei não é fio condutor da Sociedade; o movimento é inverso: a Sociedade é que muda e a lei. Nesse sentido, o artigo 26 apenas consolida, com a necessária segurança jurídica, o que já vinha sendo uma realidade desde as últimas décadas do século passado. Espera-se, assim, que o instrumento traga mais estabilidade às negociações e aos acordos dos mais diversos, corriqueiros em toda a Administração Pública.

Por outro lado, há um fator negativo. Como exposto no terceiro capítulo, a Lei n. 13.655/2018 foi alvo de duríssimas críticas dos órgãos de controle. Uma série de pareceres e opiniões, muitas inclusive consideravelmente exaltadas, foram direcionadas às casas legislativas e ao Presidente da República, clamando veto integral. Além de tacharem a proposta de inconstitucional, reclamaram da suposta falta de participação dos órgãos de controle e da Sociedade durante a tramitação legislativa.

Isso significa, de um lado, que os órgãos de controle agora devem se deparar e aplicar uma lei com a qual nunca concordaram que fosse promulgada, em primeiro momento. A desconfiança quanto aos dispositivos da Lei e, especialmente, quanto ao artigo 26 podem atrapalhar sensivelmente a consolidação dos compromissos e da postura consensual da Administração Pública. Teme-se, com isso, que os acordos possam eventualmente cair em desuso ou em descrédito pela Sociedade. De outro lado, há o risco de que os órgãos de controle tentem impor a sua visão sobre o que é a melhor decisão no caso concreto, buscando desconstituir os compromissos firmados caso discordem da solução adotada pelo gestor. Assim, perpetua-se o ambiente de insegurança jurídica e de medo, que foi justamente o que a norma tentou combater no primeiro momento.

Por fim, ainda que representem substancial avanço em relação ao comportamento da Administração Pública e às possibilidades de satisfação do interesse público, preza-se que os acordos não sejam banalizados. Caso desvirtuados, podem se transmutar de instrumentos de consenso para, novamente, instrumentos de arbitrariedade, de negociatas políticas ou para dar arestas de legalidade a práticas escusas.

Isso, a prática e o tempo dirão.

## 5 CONCLUSÃO

A conclusão não será extensa. Pretende-se sintetizar os pontos fundamentais de cada capítulo e responder de forma objetiva as perguntas da pesquisa.

A pesquisa parte da premissa da existência de um fenômeno evolutivo, aqui adotado no sentido de aprimoramento, na Administração Pública – que é fio condutor do que se denominou “mudança de postura”. Esse processo evolutivo é um mecanismo constante e lento que, aos poucos, reestrutura as bases do agir administrativo. Com efeito, pode-se dizer que a história e a evolução da Administração Pública se desdobram em fases sucessivas e paralelas com o desenvolvimento do próprio Estado.

Nessa esteira, o primeiro capítulo aponta que a Administração Pública moderna nasceu com viés essencialmente autoritário, ao contrário do que geralmente costuma apontar a doutrina tradicional publicista – traço que influenciou fortemente sua relação com os particulares, neste momento revelada de sujeição e imperatividade. O ato administrativo unilateral era a forma precípua de exprimir a vontade da Administração Pública. Nesse contexto, o Direito Administrativo nasce com um caráter duplo: tanto como disciplina legitimadora das prerrogativas administrativas, como, de outro lado, constituindo-se forma de proteção das garantias individuais por influência da doutrina liberal vigente à época.

Nesse momento, são desenhadas com traço mais forte as prerrogativas especiais (ou exorbitantes) da Administração Pública, a separação nítida entre direito público e direito privado e a consequente consolidação do Direito Administrativo como disciplina jurídica autônoma toda especial, a tensão entre a ideia de separação de interesses públicos e privados, sendo aquele superior a este. A Administração Pública precisava valer-se da autoridade para consolidar um Estado forte e garantir, com isso, que os propósitos revolucionários não fossem frustrados.

Ganha expressão, também, a lógica do binômio autoridade/liberdade. No entanto, percebe-se que já naquele momento de nascença, no seio da França Revolucionária, já existiam traços de consenso paralelamente à postura imperativa – ainda que de forma bastante tímida. Esse modelo influenciou principalmente os países de tradição romano-germânica – inclusive o Brasil.

A imperatividade também encontra fundamento, além do contexto histórico de nascimento do Direito Administrativo, na escola doutrinária da *puissance publique*, segundo a qual a Administração Pública estaria em posição de superioridade em relação aos particulares. A filosofia da escola fundamenta as prerrogativas públicas como poder do Estado em razão de sua posição de protetor do interesse público. Isso permite restrições ao domínio privado, sem maiores justificativas. Sob esse pretexto, erige-se um contexto de perpetuação de arbitrariedades, tal como se via no Antigo Regime pré-revolucionário. Apesar de a doutrina da *puissance publique* ser contraposta pelas ideias da escola do serviço público – que defendia o fundamento de poder na prestação de uma comodidade pública e não necessariamente o poder pelo poder – viu-se que ela (a *puissance publique*) influenciou o Direito Administrativo brasileiro de forma mais destacada.

De toda sorte, o fenômeno evolutivo da Administração Pública permitiu uma abertura maior à consensualidade em razão das mudanças políticas que afetaram o Estado. Assim, de um Estado Liberal autoritário, caminha-se rumo a um Estado Social consideravelmente mais preocupado em resgatar o diálogo com os particulares – é nesse período que crescem as atribuições do Estado como prestador de serviços públicos, o que demanda maior diálogo para que com eles se possa travar relações jurídicas duradouras e eficazes. Assim, com o advento do Estado Social, a relação entre ambos deixa de ser pontual e conflituosa na essência, para tornar-se, de forma gradativa, permanente e de contribuição. A unilateralidade cede espaço à bilateralidade. A balança do binômio autoridade/liberdade inclina-se para a liberdade.

Num contexto em que a Administração Pública trava mais relações com os particulares, vê-se obrigada a alçá-los a sujeitos de direitos (não apenas no plano formal) e a sujeito ativo da relação, que também colabora para a consecução do interesse público. Aqui, percebe-se que a Administração Pública também passa a se valer de mais figuras do direito privado e de mecanismos bilaterais de gestão e tomada de decisão. Acentua-se o traço consensual ainda mais.

Sucedendo que o Estado cresceu sensivelmente em tamanho por conta das diversas atribuições a si auto atribuídas. O modelo interventor torna-se insustentável e abre espaço para um contexto de privatizações e subsidiariedade, movimento que se acentua, como visto, principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

Trata-se do Estado Pós-Social, recuperando-se e renovando-se os valores liberais (deturpados no berço do Direito Administrativo). Princípios ganham força num processo de constitucionalização e a consensualidade começa a consolidar suas raízes como forma preferencial de atuação.

Por outro lado, conquanto esse quadro evolutivo tenha florescido na Europa continental, o Direito Administrativo brasileiro ainda demonstra a permanência de antigas concepções, denotando a perda de importância do particular para a efetivação do interesse público. Nesse contexto, o fim da atividade administrativa deixa de ser o cidadão em concreto para tornar-se um conceito de interesse público abstrato, vazio e superior.

Embora na prática já existissem uma série de mecanismos consensuais à disposição da Administração Pública, como demonstrado ao longo da pesquisa, e mesmo considerando que a postura consensual já fosse uma realidade, ainda que tímida, percebeu-se que a imperatividade ainda ganhava posição nos holofotes do cenário público brasileiro. Isso ficou evidenciado no uso excessivo das prerrogativas públicas como forma de imposição de vontade e na dimensão que os litígios envolvendo a Administração Pública tomaram.

Em razão disso, com base nos dados apontados e os problemas evidenciados com esse modelo, demanda-se maior abertura à consensualidade a despeito de parcela dos juristas e gestores que insistem no modelo autoritário como fonte única ou preponderante. A própria Administração Pública vem se convencendo, em um contexto geral, quanto à necessidade de mudança de paradigma: de imperativo para consensual.

Daí decorrem as seguintes conclusões:

(i) Há um modelo imperativo de Administração Pública e ele foi, desde o surgimento do Direito Administrativo moderno, a forma principal de atuação por considerável parte do período de evolução histórica;

(ii) Apesar da existência de mecanismos consensuais no direito brasileiro, a imperatividade ainda é elevada à posição de centralidade – a contrassenso do que a evolução histórica revelou no cenário europeu;

(iii) O número de litígios envolvendo a Administração Pública e as consequências negativas de sua postura imperativa demandam sua efetiva abertura ao fenômeno consensual

O segundo capítulo, portanto, remete às possíveis origens do fenômeno consensual. Define-se consensualidade em três possíveis sentidos (restrito, amplo e amplíssimo), dos quais os dois últimos são empregados na pesquisa. O sentido amplo trata a consensualidade como qualquer forma de acordo celebrado com o particular. Já o sentido amplíssimo denota, além dos acordos, a participação administrativa – esta consubstanciada na presença e na oitiva do particular na tomada de decisões públicas.

Aqui percebe-se que o fenômeno consensual já é uma realidade e vem ganhando ainda mais espaço em detrimento das formas autoritárias de imposição de vontade pela Administração Pública, que, sob outra roupagem, assume a posição de mediadora de interesses públicos e privados, e de busca pela forma mais eficiente de satisfação do interesse público – sem que isso imponha sacrifício aos princípios aos quais a Administração Pública está adstrita. Revela-se uma transformação da Administração Pública frente à constatação de uma lógica difusa da sociedade em rede, sintetizada na ideia de complexidade e multifaces na Sociedade – o que demanda um tratamento integrado e descentralizado frente às diferentes realidades e necessidades.

É nesse contexto que a consensualidade se consolida, ficando claro que não se trata da disposição do interesse público, mas apenas da forma instrumental pela qual a Administração Pública o percebe.

De toda forma, conquanto na Europa continental o fenômeno consensual já seja uma realidade consolidada há décadas, no Brasil essa consolidação só acontece por meio da inserção do artigo 26 na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, por meio da Lei n. 13.655/2018.

Antes de tratar do dispositivo referido, aponta-se as seguintes conclusões do segundo capítulo:

(i) Não é possível, com o exigido rigor científico, falar quando e onde surgiu a consensualidade, pois trata-se de fenômeno difuso e presente em diversos momentos históricos e locais. Não há elementos científicos que sustentem uma ideia de origem da consensualidade;

(ii) A consensualidade ganha maior força no Estado Social e se consolida no Estado Pós-Social;

(iii) Apesar de ser uma realidade consolidada na Europa continental, a consensualidade ainda é controvertida no direito brasileiro – principalmente por conta das razões apontadas no

primeiro capítulo que tornam a imperatividade a forma principal de atuação administrativa;

(iv)As bases consensuais brasileiras estão previstas tanto em normativas internacionais, a exemplo da Agenda da ONU (da qual o Brasil é signatário), na Constituição de 1988, ao. prever a solução consensual dos conflitos como objetivo a ser perseguido pelo Estado brasileiro; na legislação processual e em leis esparsas.

(v)No Brasil, a consensualidade ganha maior destaque a partir da década de 1990, com a sua inserção paulatina em legislações esparsas;

(vi)São características da consensualidade, que a diferenciam sensivelmente do *modus operandi* imperativo: técnica de gestão administrativa com foco no acordo, instrumentalidade e eficiência do Direito Administrativo na perseguição do interesse público;

(vii)O modelo consensual não derroga o autoritário por completo. Ambos são fundamentais e devem coexistir, preferindo-se, no entanto, a forma consensual sobre a imperativa como elemento principal de atuação da Administração Pública; sozinha, à consensualidade pode faltar eficácia, porque ausente o elemento de persuasão (o receio de sanção). De outro lado, apenas com imperatividade, esvazia-se a possibilidade de formas alternativas de composição do interesse público e acentuam-se os problemas demonstrados ao longo do primeiro capítulo.

(viii)O caráter funcional do Direito Administrativo deve superar o burocrático, em modelo visado a prestação eficaz das finalidades públicas por meio de instrumentos adequados e resultados concretos à Sociedade;

(ix)Formas consensuais são geralmente mais eficazes por reduzir os riscos de externalidades negativas (descumprimento da decisão e litigiosidade, principalmente) e por garantir, em menor tempo e com igual satisfação do interesse público, a resolução da controvérsia.

(x)Apesar da previsão de instrumentos esparsos, não é possível falar em consolidação da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro antes da edição da Lei n. 13.655/2018 diante de discussões doutrinárias a respeito da (i)legalidade de soluções consensuais, especialmente em razão da falta de um permissivo genérico no ordenamento jurídico.

Por fim, com o derradeiro capítulo, introduz-se aquele que, com respaldo científico da pesquisa, pode ser considerado o

permissivo genérico para a adoção de mecanismos consensuais no direito brasileiro. O artigo 26 da LINDB sepulta, pelo menos no plano formal, as objeções à consensualidade como violação aos princípios da Administração Pública. Especialmente quanto à legalidade, por agora estar devidamente positivado no ordenamento e, em segundo, por demonstrar que o acordo serve para a consecução do interesse público – que é, inclusive, requisito de validade.

Vê-se que a LINDB é legislação adequada à inserção do dispositivo, porque cumpre a função de porta de entrada para o Direito brasileiro, e dá as diretrizes para a interpretação e aplicação das leis brasileiras. A Lei n. 13.655/2018 renova e “publiciza” a LINDB, antes considerada extremamente vinculada ao direito civil.

O projeto de lei que originou a Lei n. 13.655/2018, contudo, foi alvo de duríssimas críticas de setores da sociedade, sobretudo dos órgãos de controle, que tacharam a iniciativa de inconstitucional e violadora do interesse público. Por forte pressão, parte da lei foi vetada. No entanto, conclui-se não ter havido desidratação da proposta uma vez que a espinha dorsal da alteração foi mantida. A alteração legislativa é consentânea com a lógica de evolução do Direito Administrativo e do próprio Estado, ao buscar olhar para a instrumentalidade do Direito Administrativo, para realidade consensual em detrimento do formalismo, da burocracia e da imperatividade.

Especialmente em relação ao artigo 26, conclui-se tratar do verdadeiro permissivo genérico da consensualidade. Isso porque, conquanto a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) tenha chegado muito perto ao prever os termos de ajustamento de conduta em seu parágrafo 6º do artigo 5º, o dispositivo é de aplicação limitada e causa insegurança jurídica por não prever balizas mínimas de aplicação. Logo, não serve como permissivo genérico – já que o objetivo do artigo 26 é justamente trazer segurança jurídica aos acordos entre Administração Pública e particulares num cenário onde impera o medo dos gestores na tomada de decisões – denominado de “apagão das canetas”.

A respeito do terceiro capítulo, conclui-se o seguinte:

(i) O artigo 26 é o efetivo permissivo genérico faltante no ordenamento jurídico brasileiro, pois traz um regime geral de acordos entre Administração Pública e particulares; contudo, o dispositivo não inaugura a consensualidade no direito brasileiro, já

que antes dele já existiam uma série de mecanismos consensuais esparsos;

(ii)O artigo 26 põe fim à discussão quanto ao fundamento de validade à atividade administrativa consensual;

(iii)O veto presidencial não atinge a alma da consensualidade; é possível incluir, inclusive, que, a despeito da retirada do inciso II do parágrafo primeiro, ainda é admitida a transação em relação a sanções e créditos passados. Isso porque embora não discriminada a possibilidade, ela também não foi proibida. Entende-se possível o enquadramento das hipóteses à previsão geral do *caput* do artigo 26.

(iv)O compromisso tem natureza jurídica de negócio jurídico bilateral, embora admita-se a existência de controvérsia a respeito e compreende tanto acordos substitutivos (que se sobrepõem à sanção) e integrativos (que compõem e integram a decisão unilateral final);

(v)Há relativa liberdade para disposição das cláusulas do compromisso, devendo-se observar, contudo, as exigências legais. Ou seja, deve haver relevante interesse geral justificado e indicação do problema e da solução jurídica a que se pretende resolver, desenhando-a de forma equânime, proporcional e eficiente.

(vi)Conclui-se que a redação do dispositivo pecou ao prever o termo “relevante interesse geral”, extremamente abstrato, o que dificulta sua inteligência pelo administrador público e não juristas. Todavia, propõe-se que o termo seja entendido como sinônimo de interesse público no caso concreto. Definiu-se interesse público como a satisfação dos objetivos perseguidos pela Administração Pública e pela própria sociedade, de acordo com determinada ordem de valores resguardadas pelo ordenamento jurídico; e concreto como o resultado positivo que advém da relação entre a solução jurídica e o problema em concreto, cuja definição cabe à autoridade administrativa.

(vii)A decisão pela via dos acordos deve identificar o relevante interesse geral de modo concreto, sem valer-se de princípios abertos de modo a justificar a decisão. Uma vez escolhido o caminho, dentre a opção consensual e imperativa, deve-se deferência à decisão da autoridade administrativa. Há presunção, nesse sentido, de legalidade e legitimidade que deve ser derogada por quem alega o vício;

(viii) A lei previu válvulas de segurança ao compromisso do artigo 26, por meio da necessidade de oitiva do órgão jurídico e de consulta pública. Conquanto a primeira seja obrigatória, a segunda é opcional e deve ser usada em acordos que envolvam altos valores e que impliquem em relevante impacto social ou que tenham, por pano de fundo, questões delicadas, sem prejuízo de outras hipóteses;

A primeira hipótese é, portanto, confirmada. O artigo 26 da LINDB realiza a lógica de consenso na Administração Pública pelos fatores elencados acima, sintetizados da seguinte forma: (i) consolida a possibilidade de adoção de mecanismos consensuais, pondo uma pá de cal na discussão quanto à legalidade da atividade consensual; (ii) confere segurança jurídica ao regime dos acordos administrativos (iii) reúne em si as bases para fundamentar todo e qualquer acordo com os particulares, no âmbito de toda a Administração Pública brasileira e em todos os seus níveis; (iv) por estar inserido na LINDB, o artigo 26 serve para elevar a consensualidade à condição de pedra de toque de todo o ordenamento jurídico;

A hipótese também é confirmada em relação às limitações, no sentido de que os compromissos não podem ser aplicados de forma descompassada com os princípios e balizas regentes da atividade administrativa, entendendo-se as próprias válvulas de segurança inseridas na lei (presença de relevante interesse geral, necessidade de oitiva do órgão jurídico e consulta pública quando for o caso) como instrumentos limitadores. Sobretudo, deve-se entender que sempre existir interesse público subjacente ao acordo transcendendo os interesses das partes envolvidas.

Quanto à afirmação de se inaugurar uma nova era na Administração Pública, entende-se que também foi confirmada, mas com ressalvas. De fato, o artigo 26 inaugura uma nova etapa para a consolidação da consensualidade ao trazer segurança jurídica para a celebração dos acordos administrativos. No entanto, não necessariamente esse cenário pode ser confirmado na prática. Justamente por conta das severas críticas impostas por segmentos dos órgãos de controle à aprovação da Lei, é possível que haja resistência na aplicação da Lei e/ou tentativa de controlar o mérito das decisões que optarem pela via consensual. Isso pode trazer novo cenário de insegurança jurídica e escantear os compromissos rumo ao desuso e ao ostracismo.

Por fim, a primeira hipótese secundária também é confirmada, pelos motivos já expostos e a segunda é refutada. Os elementos apontados como óbices incontornáveis à aplicação da lógica do consenso na Administração Pública não se sustentam já que (i) os compromissos do artigo 26 são plenamente aplicáveis à atividade sancionatória, tributária e regulatória, já que a LINDB é lei geral de antessala a todo o direito e não apenas ao Direito Administrativo (aplicando-se, portanto, aos outros ramos jurídico); e (ii) a veto ao inciso II do parágrafo 1º não atinge os acordos em âmbito sancionatório, que ainda encontram fundamento no *caput* do artigo 26.



## REFERÊNCIAS

ABREU, José Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; SCHIRATO, Vitor Rhein; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. **Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ALEMANHA. **Lei de Processo Administrativo, de 25 de maio de 1976**. Berlim: Ministério da Justiça, 1976. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/VwVfG.pdf>. Acesso em: 16 maio 2019.

ALESSI, Renato. **Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949.

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: Giuffrè, 1958.

ALFONSO, Luciano Parejo. **Transformación y reforma del Derecho Administrativo en España** in: Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. Sevilha, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Debates em Direito Público**, Brasília, ano 13, n. 13, p. 9-21, jan./dez. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005.

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Comentários ao artigo 26 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro - anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO. Presidente da República sanciona PL 7448/17 com vetos sugeridos por entidades de classe do MP e da magistratura. ANPT, 2019. Disponível em: <http://twixar.me/LKWn>. Acesso em: 19 mai. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações no direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JR., Onofre Alves Batista. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BELLOUBET, Nicole; TIMSIT, Gérard. L'administration en chantiers. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**, Paris, n. 2, p. 299-324, avr. 1994.

BERTI, Giorgio. Il principio contrattuale nell'attività amministrativa. In: **scritti in onore di Massimo Severo Giannini**. v. 2. Milano: Giuffrè, 1988.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A segurança jurídica no procedimento licitatório. *Forum de Contratação e Gestão Pública* **COP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 135, p. 9-22, mar. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, n. 14, ano 4 Jul. / Set. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=37252>. Acesso em: 16 maio 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOAVENTURA, Vanessa Cândido Pinto Boaventura. Termo de ajustamento de gestão. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, v. 2, n. 30, p. 279-308, out. 2013. p. 306.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9 ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2018**. Brasília, 2018. 212p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, RJ, 1942.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2019

**BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019.

**BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/18429.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

**BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

**BRASIL. Lei n. 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

**BRASIL, Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2000. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/19961.htm>. Acesso em: 20 mai. 2019.

**BRASIL. Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000.** Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 22 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Leis/L10149.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

**BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

**BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

**BRASIL. Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

**BRASIL, Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil/03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. 17 de março de 2015. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

BRASIL. **Lei n. 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; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 29 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

BRASIL. Presidência da República. Subchefia para assuntos jurídicos. **Mensagem n. 212.** Brasília: Presidência da República, Brasília, 5 abr. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm>. Acesso em: 17 de mai. de 2019.

CAILLOSSE, Jacques. **L'état du droit administratif.** Paris: 2015.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: fim de milênio.** v. 3, 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

CATALÀ, Joan; VIDAL BELTRÀ, José María (Coords.). **Gobernanza: diálogo Euro-Iberoamericano sobre el buen gobierno.** Madrid: INAP: Colex, 2005.

CASSESE, Sabino. As redes como figuras organizativas de colaboração. **A C Revista de Direito Administrativo Constitucional**, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. p. 15-19.

CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, mar./abr. 2004. Disponível em:

<http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d50652&pdicntd=50652>. Acesso em: 22 jan. 2019.

CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: □□□□□ **La crisis del Estado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORREIA, Jorge Alves; ISENBERG, Andreas. **Lei Alemã do Procedimento Administrativo *Verwaltungsverfahrensgesetz*** □wVfG□ Coimbra: Ameldina, 2016.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CRIST□VAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015.

CRIST□VAM, José Sérgio da Silva. **O Direito Administrativo no divã do Estado constitucional de direito: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa**. Revista da ESMESC. Florianópolis, v. 21, n. 27, p. 195-227, 2014.

CRIST□VAM, José Sérgio da Silva; PIOVESAN, Felipe da Silva. A nova lei das estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a lei geral de licitações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 223-248, maio/ago. 2017. p. 241. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/71653/69327>. Acesso em: 5 mai. 2019.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves; REIS, Fernando Simões. Termos de ajustamento de gestão: perspectivas para um controle

externo consensual. **Revista do TCU**, ano 49, n. 140, set./dez. 2017. Disponível em: [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br). Acesso em: 5 mai. 2019.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? **Revista de Contratos Públicos** □RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 9-18, mar./ago. 2015.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CUSTODIO FILHO, Ubirajara. Primeiras questões sobre a lei 13.303/2016: o estatuto jurídico das empresas estatais. **Revista dos Tribunais**, vol. 974/2016, dez 2016. p. 171-198.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o poder público e particular. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d51337&pdiCntd=51337>. Acesso em: 9 abr. 2019.

DAMIANI, Ernesto Sticchi. **Attività amministrativa consensuale e accordi di programma**. Milano: Giuffrè, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public** Paris: A. Colin, 1913. Disponível em:

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q/fl.vertical.r=imp%C3%A9rialiste>. Acesso em: 6 abr. 2019.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

ESPAÑA. **Lei n. 30, de 26 de novembro de 1992**. Dispõe sobre o Regime Jurídico das Administrações Públicas e sobre o Procedimento Administrativo Comum. Madri: Chefia de Estado, 1992. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1992/BOE-A-1992-26318-consolidado.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2019.

GAROFANO, Rafael Roque; STEIN, Daniel Almeida; ZABLITH, Marc Bujnicki. Relevante interesse geral, requisitos para o acordo e vetos. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

FALEIROS JÚNIOR. José Luiz de Moura. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Universidade de São Paulo. 2017.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da Administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, mar./abr. 2003. Disponível em: □ <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51017> □ Acesso em: 14 mai. 2019.

FIGUEIREDO, Vicente Caroso de. A governança corporativa nas empresas estatais a partir da Lei nº 13.303/2016. **Revista Síntese de Direito Empresarial**, n. 59, p. 38-56. nov./dez. 2017.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Comentários ao artigo 4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira.; SARLET, Ingo Wolfgang.; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, v. I. Revisão de Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**, v. II. Revisão de Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat** □'action publique en question. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.

GIANNINI, Massimo Severo. **Corso di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1981.

GIUFFRÈ, Felice. Declínio del parlamento-legislatore e crescita del potere de inchiesta in: LABRIOLA, Silvano (coord.). **La autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano**. Milão: Giuffrè, 1999.

GOMES, Carla Amado. A “boa administração” na revisão do CPA: depressa e bem.... **Instituto de ciências jurídico-políticas** □ICP. nov. 2013. Disponível em: <https://www.icjp.pt/debate/4268/4337>. Acesso em: 12 mai. 2019.

GOMES, Carla Amado. Princípio da boa administração: tendência ou clássico? A □ C **Revista de Direito Administrativo**

□ **Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 35-55, jul./set. 2018.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. O princípio da consensualidade no estado democrático de direito – uma introdução. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 232, p. 105-114, abr./jun. 2003.

GRAUSO, Pierpaolo. **Gli Accordi della Pubblica Amministrazione com i Privati**. Milão: Giuffrè, 2007.

GREGO-SANTOS, Bruno. **Transação e □trajudicial na administração pública**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Estatais e contratação privada. **Revista □ênite**, ILC – Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, n. 282, p. 765-768, ago. 2017

HARGER, Marcelo. A declaração de inconstitucionalidade de leis e ilegalidade de atos infranormativos por tribunais administrativos. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011.

HAURIOU, Maurice. **Principes de droit public**. 2. ed. Paris : L. Tenin, 1916.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif**. 2. ed. Paris: L. Larose et Forcel, 1892.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. 10. ed. The Online Library of Liberty. Ebook. Disponível em:  
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/Hobbes%20Leviathan%201909.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2019.

IANNOTTA, Lucio. **Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative** (l'arte di amministrare). Diritto processual amministrativo, Milão, v. 23, n. 1, p. 1-51, 2005.

ISSA, Rafael Hamze. **Âmbito de aplicabilidade da LINDB: fundamento constitucional e aspecto federativo**. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** **com** **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ITALIA. **Lei n. 241, de 8 de agosto de 1990**. Nova norma em matéria de procedimento administrativo e de direito ao acesso aos documentos administrativos. Roma: Presidência da República, 1998. Disponível em:  
<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-08-18&atto.codiceRedazionale=090G0294&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D241%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D1990%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1>. Acesso em: 16 mai. 2019.

ITALIA. **Lei n. 15, de 11 de fevereiro de 2005**. Alterações e adições à Lei n. 241/1990, concernentes às regras gerais sobre as ações administrativas. Roma: Presidência da República, 2005. Disponível em:  
<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-02-21&atto.codiceRedazionale=005G0028&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D15%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2005%26giornoProvvedimento%3D>

roArticologo3D%26numeroProvvedimento%3D15%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2005%26giornoProvvedimento%3D&currentPage=1. Acesso em: 16 mai. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>. Acesso em: 17 mai. 2019.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 479-499, mai./jun. 2006.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

LIBRARIO, Daniela Campos. Comentários gerais ao dispositivo. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 56. Rio de Janeiro, Renovar, abr./jun. 1959.

MACHADO, João Baptista. **Participação e descentralização: democratização e neutralidade na Constituição de 76**. Coimbra: Almeida, 1982.

MADUREIRA, Marcelo Prates. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

MASUCCI, Alfonso. **Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali**: il contratto di diritto pubblico. Napoli: Jovene, 1988.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: JURKSAITIS, Guilherme Jardim; SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n.º 7.448/2017**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **Princípio da legalidade e poderes normativo e regulamentar da Administração Pública**. RDPE 20/214. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público da Economia** RDPE, Belo Horizonte, ano 2016, n. 54, p. 209-211, abr./jun. 2016.

MARINS, Vinicius. Transformações no direito administrativo contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Belo Horizonte**, Faculdade de Direito da UFMG v.47, jul. 2005, p. 303-340.

MARTINS, Eliezer Pereira. Segurança jurídica e a certeza do direito em matéria disciplinar aspectos atuais. **Fórum Administrativo** RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 23, jan. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=2970>. Acesso em: 16 mai. 2019.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Não-Estado e Estado no**

**Leviatã de Hobbes.** Florianópolis: OAB-SC, 1999.

MATTARELA, Bernardo Giorgio. **Il rapporto autorità-libertà e il diretto amministrativo europeo**, in riv. trim. dir. pub., 4, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 20. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

MIRAGAYA, R. B. **Os meios de conformação das relações jurídicas no direito administrativo:** entre atos unilaterais e contratos. 2016. 304 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo:** o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 147 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, Egon Bockmann; MILANO, Célio Lucas. Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 171-183, abr./jun. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo:** princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, 13, Salvador, 2008.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. Para uma teoria geral da segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 791-810, jan./abr. 2015.

NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. Il Mulino: Bologna, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Virou a chave do novo regime de licitações e contratos das estatais. O que esperar dos órgãos de controle? **ebênite ILC**, jul. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/virou-a-chave-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratos-das-estatais-o-que-esperar-dos-orgaos-de-controle/>. Acesso em: 16 mai. 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração pública do medo. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>. Acesso em: 16 mai. 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIEBUHR, Karlin Olbertz. O alcance do art. 26 da lindb. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NIEBUHR, Pedro. **Processo administrativo ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.3, 3º quadrimestre de 2018. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 16 mai. 2019.

OLIVEIRA, André Titoda Motta. Comentários ao projeto de lei n. 264/84 do Senado e a proposta de Haroldo Valladão. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Administração Pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. **Prismas: Dir. Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-105, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do Estado: A relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. □ **eb** □ **ênite ILC**, dez. 2008. Disponível em:

<https://www.webzenite.com.br/documentoscliente/232b0fd7-8e00-422a-9a2f-bed7cdacdc8f?ex=%22%20governan%E7a%20p%Fablica%22>. Acesso em: 16 mai. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração pública brasileira e os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa administração pública. **Órum Administrativo**, v. 95, p. 23-34, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32 p. 31-50, abr./jun. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/i7vnYH/>. Acesso em: 16 abr. 2019.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. reimp. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Ensaio sobre os vetos presidenciais à Lei n. 13.655/19: qual é o valor dos vetos presidenciais à interpretação da lei de segurança jurídica? In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro anotada: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Edilson Nobre. O preâmbulo e seu componente normativo. **A C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 47-61, jan./mar. 2015.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes Pereira (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro in FREITAS, Daniela Bandeira de (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Fórum, 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? **Fórum de Contratação e Gestão Pública e CGP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 193, p. 18-29, jan. 2018.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís. A convergência entre cooperação processual e consensualidade administrativa, na gestão do Estado Democrático de Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 78, jun. 2017. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Jesse%20Thais.html>. Acesso em: 18 mai. 2019.

PIPERATA, Giusepe. La scienza del direto amministrativo e il diritto privato, in Torchia e alii (org). **La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del 20º secolo**. 2008.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

RIBAS JR., Salomão. **Corrupção endêmica: os Tribunais de Contas e o combate à corrupção**. Florianópolis: editado pelo

Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em co-edição com o autor, 2000.

ROCHA, Fernanda Bomtempo Valadares Guimarães de Lima. O controle da Administração Pública em espaço de interlocução processual extrajudicial como mecanismo de consensualidade. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 245-254.

SANTOS, Fabio Gomes dos. Audiências públicas como arenas de veto. **Órum Administrativo** □□A, Belo Horizonte, ano 15, n. 177, p. 35-40, nov. 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>. Acesso em: 16 mai. 2019.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. 1. ed. (Reimp.) Coimbra: Almedina, 2016.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2009.

SCOCA, Franco Gaetano. **Autorità e consenso nell'Attività Amministrativa**. Milão, Giuffrè, 2002.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública**. 2016. 377 fls. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)** □ Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível

em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2019.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHWIND, Rafael Wallbach. O sentido da LINDB no direito atual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SPASIANO, Mario R. □ **unzione amministrativa e legalità di risultato**. Torino: Giappichelli, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **A □ C Revista de Direito**

**Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. **Revista Brasileira de Direito Público** **RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./ set. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>. Acesso em: 9 abr. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes Pereira (Coord. **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes Pereira (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

TICITO, Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TICITO, Caio. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 27-34, out./dez/ 1998.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Análise Preliminar do PL 7448/2017**. Análise realizada, em caráter preliminar, pela Consultoria Jurídica do TCU. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://twixar.me/0k0n>. Acesso em 16 mai. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Parecer n. TC-012.028/2018-5**, de 20 de abril de 2018. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://twixar.me/j2Zn>. Acesso em: 16 mai. 2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na administração pública: uma faceta da consensualidade no direito

administrativo do século XXI. **Órum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 11, n. 123, maio 2011.

VASTA, Stefania. **La Revoca degli Atti Amministrativi Consensuali**. Parma: Università di Parma, 2004.

VESTENA, Carolina Alves. Audiências públicas: diagnóstico empírico sobre os limites da participação social. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais** □ **RBEC**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 973-1020, out./dez. 2012.

VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da lndb e a consolidação do direito administrativo consensual. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro** □ **anotada**: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

VIVIEN, Alexandre-François Auguste. **Études administratifs**. Paris: Guillaumin, 1845. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k96835538.texteImage>. Acesso em: 16 mai. 2019.

VOC □ sabe quanto custa uma licitação? **SICONV**, 10 jan. 2018. Disponível em: <http://siconv.com.br/voce-sabe-quanto-custa-uma-licitacao/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). **Revista Interesse Público**, ano 19, n. 102, p. 15.26, mar./abr. 2017.