

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Rafael Colhado Cazelato

**LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE O COMPROMISSO PREVISTO NO
ART. 26 DA LINDB**

Porto Alegre

2022

Rafael Colhado Cazelato

**LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE O COMPROMISSO PREVISTO NO
ART. 26 DA LINDB**

Monografia submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Especialista.
Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre

2022

Rafael Colhado Cazelato

**LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE O COMPROMISSO PREVISTO NO
ART. 26 DA LINDB**

Monografia submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Especialista.

Aprovada em 31 de agosto de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Prof.

Prof.

RESUMO

A presente monografia dedica-se ao estudo da consensualidade administrativa e do respectivo controle judicial, tendo por objetivo destrinchar os limites do controle judicial sobre o termo de compromisso previsto pelo art. 26 da LINDB. O trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas e documental, com uso da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, de livros, artigos científicos e trabalhos acadêmicos. Dividido em quatro seções, sendo a primeira destinada à análise da atuação administrativa imperativa, na qual são abordados os conceitos tradicionais e basilares do Direito Administrativo, tais como os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, a teoria das prerrogativas públicas, suas características – exorbitância e instrumentalidade -, bem como as características gerais da atuação administrativa imperativa. Na segunda seção, são tratados o fenômeno da consensualidade no Direito brasileiro, com a indicação dos fatores de ascensão da consensualidade, os instrumentos legislativos que permitem a realização de acordos pela Administração Pública e a classificação dos acordos substitutivos e integrativos. A terceira seção tem por objeto o compromisso do art. 26 da LINDB, os objetivos previstos, os requisitos formais e os critérios específicos que devem pautar a solução jurídica buscada. Por fim, a quarta seção é destinada ao exame do controle judicial do compromisso, na qual são analisados o controle sob o enfoque ato administrativo e processo administrativo, assim como as repercussões das disposições acrescidas à LINDB pela Lei nº 13.655/2018. O problema de pesquisa se refere à questão: Quais os limites do controle judicial sobre o compromisso realizado com fundamento no art. 26 da LINDB? Ao final, foi possível concluir que os limites são atendimento dos requisitos formais e postura de deferência judicial relativamente ao mérito do compromisso devidamente motivado.

Palavras-chave: Consensualidade administrativa. Controle judicial. Deferência judicial.

ABSTRACT

This monograph is dedicated to the study of administrative settlements and the judicial control, with the objective of unraveling the limits of judicial control over the term of commitment for article 26 of LINDB. The work was developed through bibliographic and documentary research, using Brazilian constitutional and infra-constitutional legislation, books, scientific articles and academic works. Divided into four sections, the first of which is intended for the analysis of imperative administrative action, in which traditional and basic concepts of Administrative Law are addressed, such as the principles of supremacy and unavailability of the public interest, the theory of public prerogatives, their characteristics - exorbitance and instrumentality - as well as the general characteristics of imperative administrative action. In the second section, the phenomenon of consensuality in Brazilian law, with an indication of the factors for the rise of consensuality, the legislative instruments that allow the execution of agreements by the Public Administration and the classification of substitutive and integrative agreements. The third section has as its object the commitment of art. 26 of LINDB, the envisaged objectives, the formal requirements and the specific criteria that should guide the legal solution sought. Finally, the fourth section is intended to examine the judicial control of the commitment, in which the control under the focus of administrative act and administrative process are analyzed, as well as the repercussions of the provisions added to LINDB by Law No. 13.655/2018. The research problem refers to the question: What are the limits of judicial control over the commitment made on the basis of art. 26 from LINDB? In the end, it was possible to conclude that the limits are compliance with formal requirements and a posture of judicial deference regarding the merits of the duly motivated commitment.

Keywords: Administrative consensuality. Judicial control. Judicial deference.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1 ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA IMPERATIVA	10
1.1 Prerrogativas públicas.....	14
1.2 Atuação administrativa imperativa	15
1.3 Supremacia e indisponibilidade do interesse público como óbices à consensualidade administrativa	16
2 O FENÔMENO DA CONSENSUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	21
2.1 Fatores de ascensão da consensualidade no Direito Administrativo	23
2.2 Instrumentos legislativos brasileiros que permitem a realização de acordos	26
2.3 Classificação – acordos substitutivos e acordos integrativos	29
2.3.1 Acordos substitutivos.....	30
2.3.2 Acordos integrativos	31
3 O COMPROMISSO DO ART. 26 DA LINDB	33
3.1 Permissivo genérico para a Administração Pública transacionar	34
3.2 Objetivos previstos: Eliminar Irregularidade, incerteza ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público	36
3.2.1 Eliminar irregularidade.....	37
3.2.2 Eliminar incerteza jurídica	37
3.2.3 Eliminar situação contenciosa	39
3.3 Requisitos formais	40
3.3.1 Oitiva prévia do órgão jurídico	40
3.3.2 Presença de relevante interesse geral	41
3.3.3 Consulta pública prévia	42
3.3.4 Demais requisitos formais	43
3.3.5 Critérios específicos: proporcionalidade, equidade, eficiência e interesses gerais	44
3.3.5.1 <i>Proporcionalidade</i>	45
3.3.5.2 <i>Equidade</i>	46
3.3.5.3 <i>Eficiência</i>	47
3.3.5.4 <i>Compatibilidade com os interesse gerais</i>	47
4 CONTROLE JUDICIAL DO COMPROMISSO REALIZADO COM BASE NO ART. 26 DA LINDB	49
4.1 Controle enquanto ato administrativo.....	50

4.2 Controle enquanto processo administrativo	51
4.3 LINDB e controle judicial	56
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia foi desenvolvida com base em temas do direito público, mais especificamente do direito administrativo, tendo como tema a consensualidade administrativa e o controle judicial, que delimitado tem como ponto central os limites do controle judicial do compromisso previsto no art. 26 da LINDB.

O trabalho, em sua primeira seção, tem como ponto de partida o exame da atuação imperativa da Administração Pública, a partir da análise da teoria das prerrogativas públicas. Examinam-se as características das prerrogativas públicas, quais sejam a exorbitância e a instrumentalidade. A exorbitância é a nota de excepcionalidade, que coloca a Administração em posição de superioridade em relação ao particular. Já a instrumentalidade é a perseguição à finalidade pública. Em outras palavras, a instrumentalidade justifica a exorbitância, uma vez que as prerrogativas públicas existem para o atendimento a um fim público. Na sequência, aborda-se a questão relativa às chamadas “pedras de toque” do Direito Administrativo, que são os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, geralmente os fundamentos que embasam os entendimentos contrários à possibilidade de negociação pela Administração.

Após essa primeira análise sobre a concepção tradicional de atuação da Administração, por meio da prerrogativa imperativa, parte-se para a segunda seção do trabalho, que trata do fenômeno da consensualidade no direito administrativo nacional. Trata-se, brevemente, do histórico da consensualidade no Brasil, elencam-se os diplomas legislativos que preveem a possibilidade de a Administração Pública transacionar, bem como a classificação dos acordos substitutivos e integrativos.

Na terceira seção, adentra-se no exame do compromisso previsto pelo art. 26 da LINDB, perpassando, antes, pela análise do cenário em que ocorreram as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018. Ressalta-se o fato de ser o compromisso do art. 26 o permissivo genérico para a Administração Pública transacionar, bem como de instituir o mínimo regulamentar para aplicação do instituto. Tratam-se dos objetivos, quais sejam, eliminar irregularidade, incerteza ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público, dos requisitos formais e dos critérios específicos que devem orientar a solução jurídica consensual, a proporcionalidade, equidade, eficiência e compatibilidade com os interesses gerais.

Na quarta seção, aborda-se o tema do controle judicial do compromisso do art. 26, sob o enfoque de ato administrativo e, também, sob o enfoque processo administrativo. Como ato jurídico bilateral, o acordo pode sofrer o controle judicial de juridicidade em relação aos vícios de sujeito e de forma. Já enquanto acordo, os requisitos previstos na lei de processo administrativo ditarão o controle de juridicidade das formalidades. Quanto ao mérito, isto é, em relação à decisão de adoção da via consensual e o desenho da solução estabelecida no acordo, é que se estrutura a pergunta de pesquisa do presente trabalho: Quais são os limites do controle judicial sobre o compromisso previsto no art. 26 da LINDB?

Assim, o objetivo do presente trabalho é buscar desvendar os limites do controle judicial do mérito do acordo administrativo previsto no art. 26 da LINDB, levando em conta, ainda, os preceitos dos artigos 20, 21 e 22 introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 à LINDB, que orientam o controle judicial dos atos administrativos.

2 ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA IMPERATIVA

É amplamente propagada a ideia de que o Direito Administrativo surge com a função garantista de direitos dos particulares frente ao Poder Público.

Di Pietro ressalta que o Direito Administrativo tem sua gênese juntamente com o direito constitucional, a partir do conceito de Estado de Direito, cujos pilares são a legalidade e a separação dos poderes:

A formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se — já na fase do Estado Moderno — o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.¹

Contudo, o Direito Administrativo nasce com uma índole eminentemente autoritária em razão da concepção de “poderes exorbitantes e instrumentais à prevalência dos interesses estatais sobre os particulares”.²

Maffini destaca que, por muito tempo, a função do direito administrativo foi a de legitimar juridicamente uma atuação estatal marcadamente autoritária:

Durante anos, o direito administrativo serviu tão somente para a sistematização de um discurso que, em seu âmago, incumbia-se quase que exclusivamente da legitimação jurídica de um perfil autoritário de atuação estatal.³

Bandeira de Mello ressalta a difusão de uma ideia de que “o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do poder”, que “é um ramo do direito aglutinador de poderes desfrutáveis pelo Estado em sua feição administrativa”.⁴

existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva, de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do poder, a fim de que ele possa vergar os administrados. [essa suposição]

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 40.

³ MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, 2010. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8051>, p. 160.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 43

é reforçada, mesmo sem este intento, por algumas formulações doutrinárias que arrolam “poderes” da Administração, quais, “poder regulamentar”, “poder normativo”, “poder discricionário”, “poder hierárquico” [...] para que o Direito Administrativo seja visto como um ramo do direito aglutinador de “poderes” desfrutáveis pelo Estado em sua feição administrativa, ao invés de ser considerado como efetivamente é, ou seja, como um conjunto de limitações aos poderes do Estado ou, muito mais acertadamente, como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados.⁵

BINENBOJM denomina a “velha dogmática” do Direito Administrativo como autoritária:

A velha dogmática do direito administrativo é reconhecidamente autoritária, do ponto de vista político, inconsistente, do ponto de vista teórico, e ineficiente, de um ponto de vista pragmático.⁶

Ademais, essa forte carga autoritária ainda se reveste de dogmas do Direito Administrativo:

Não é árdua a tarefa de se depreender uma forte carga autoritária da noção vetusta de legalidade (ou legalismo) administrativa, da supremacia irrestrita do interesse público sobre o privado, da insindicabilidade judicial das decisões administrativas discricionárias, da unilateralidade/imperatividade. Tais institutos por muito tempo foram — e infelizmente para alguns ainda são — dogmas intransponíveis do direito administrativo. Trata-se de uma série de conceitos que senão restaram empregados de modo intencionalmente autoritário por parte de quem os pronunciava, ao menos continham a grave potencialidade de sê-lo.⁷

A submissão da Administração Pública à legalidade é uma inegável conquista do cidadão. Contudo, a difundida ideia de que o Direito Administrativo surgiu com a submissão do Estado à Lei é contestada por Binjenbojm:

O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo Conseil d'Etat, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral,

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 43

⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 60

⁷ MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, 2010. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8051>, p. 160.

expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.

Tal circunstância histórica subverte, a um só golpe, os dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o 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).⁸

Visto sob essa ótica, é possível concluir que o Direito Administrativo tem sua origem autoritária,⁹ muito mais do que uma obediência e submissão à lei num novo contexto de separação dos poderes, já que a exorbitância permitiu ao Conselho de Estado francês a criação de um direito próprio, derogatório da lei civil, votada pelo parlamento.

Dessa forma, é de se concluir que conceitos teóricos fundamentais do Direito Administrativo, como a supremacia do interesse público, verticalidade na relação com os particulares e prerrogativas públicas, não tiveram o seu nascedouro com a submissão do Estado à Lei.¹⁰

Ainda que no Brasil não tenhamos adotado o sistema do contencioso administrativo, as construções teóricas francesas foram fundamentais e influíram significativamente no direito administrativo pátrio.

Medauar reforça a influência da doutrina francesa na iniciação teórica do direito administrativo no Brasil:

Nesse grupo de iniciadores da doutrina do direito administrativo pátrio, nota-se a predominante influência francesa, vindo, em seguida, a portuguesa, a espanhola e a belga, não somente pela bibliografia citada, mas em virtude do teor dos temas expostos. Tais obras refletem ideias típicas do século XIX no tocante ao Estado, à natureza da atividade administrativa, ao Poder Executivo, ao Estado e sociedade, por exemplo. A partir daí o direito administrativo pátrio se desenvolve e se consolida, com predomínio da linha francesa, seguida da italiana e da alemã¹¹

⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10-11.

⁹ MARQUES, Marcelo Henrique Pereira. Administração pública democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 199-235, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66661>, p. 209.

¹⁰ MARQUES, *loc. cit.*

¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 32.

Bandeira de Mello explica que os doutrinadores franceses buscam uma noção-matriz que explique e fundamente todo o Direito Administrativo, do que decorreriam, por exemplo, as escolas da *Puissance Publique* e do Serviço Público:

Os doutrinadores franceses têm-se ocupado sempre em encontrar uma ideia-chave para o Direito Administrativo, isto é, uma noção-matriz, que organize e explique logicamente esta disciplina jurídica, funcionando como critério dela. Pretendem que, à falta de uma ideia capaz de impor um cunho sistemático ao conjunto de regras administrativas, ter-se-ia apenas um aglomerado inconsistente de normas e dificilmente se saberia quando aplicar as regras administrativas.¹²

Aliando a influência da doutrina francesa e o patrimonialismo de origem portuguesa, o direito administrativo brasileiro foi construído sobre as bases de um regime jurídico especial¹³, cujo principal referencial teórico foi o artigo *O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico*¹⁴ publicado em 1967.

A caracterização desse regime jurídico administrativo fundamentado na supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade dos interesses públicos mantém-se, até os dias atuais, em seu *Curso de Direito Administrativo*. Em suas palavras:

O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individual singularidade. Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos”.¹⁵

Esse regime de direito público, derogatório do direito comum, coloca a Administração Pública em uma posição de superioridade perante o particular.

Além disso, a concepção da supremacia do interesse público sobre os particulares é o principal fundamento das prerrogativas públicas.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 58.

¹³ MARQUES, Marcelo Henrique Pereira. Administração pública democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 199-235, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66661>, p. 213.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 89. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho/agosto/setembro de 1967, pp. 8-33.

¹⁵ MELLO, *op. cit.*, p. 55.

2.1 Prerrogativas públicas

Veja-se, na lição de Cretella Júnior, a conceituação de prerrogativa de potestade pública:

Empregada com acepção quase impossível de apreender-se, a expressão potestade pública ("puissance publique") é, na realidade, noção concreta e precisa, porque designa a situação toda especial que cerca a Administração, dotando-a de atributos necessários e suficientes para conferir-lhe uma série de prerrogativas — e também de restrições ou de sujeições —, exorbitantes do direito comum, inexistentes nas pessoas jurídicas de direito privado.

[...]

Prerrogativa pública ou prerrogativa de potestade pública é a posição especial em que fica a Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum, ou, em outras palavras, é a faculdade especial conferida à Administração, quando se decide a agir contra o particular.

Pela condição favorável que a prerrogativa lhe confere, a Administração fica desnivelada ao particular, assumindo uma posição vertical, bem diversa da posição horizontal em que fica o particular diante do particular¹⁶.

Na mesma linha, ressaltando a influência teórica dos escritos de Maurice Hariou, expoente da Escola da *Puissance Publique*, Palma conclui que as prerrogativas públicas afirmam a superioridade da Administração perante o particular e, de consequência, caracterizam o elemento autoritário do Direito Administrativo:

O componente autoritário do Direito Administrativo é reconhecido pelo regime administrativo composto por prerrogativas públicas que, exorbitantes e instrumentais, terminam por colocar a Administração Pública em posição de superioridade frente ao administrado, com o qual estabelece relações administrativas verticalizadas, nos moldes da construção teórica da Escola da *Puissance Publique*.¹⁷

Essa superioridade é a nota da exorbitância das prerrogativas públicas.

No entanto, as prerrogativas públicas não podem ser vistas apenas sob o enfoque da exorbitância, mas, também, da instrumentalidade. Se, de um lado, a exorbitância coloca em evidência a autoridade e a verticalização da relação jurídica administrativa, por outro prisma, a instrumentalidade é o próprio fator de legitimação das prerrogativas públicas no Estado de Direito.

¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, J. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 66, p. 175-199, 1971. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66626>. Acesso em: 21 ago. 2022, p. 178-179.

¹⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 40.

Assim, as prerrogativas públicas “seriam meramente instrumentais na medida em que condicionadas pela finalidade pública propulsora da atuação administrativa”.¹⁸

Nesse sentido, Palma:

É a finalidade pública determinada na regra de competência que impulsiona e conforma o desenvolvimento das atividades administrativas, fator de justificação da primazia da finalidade no âmbito da atuação administrativa funcionalizada. Sob tal perspectiva, as prerrogativas seriam meramente instrumentais na medida em que condicionadas pela finalidade pública propulsora da atuação administrativa.¹⁹

Em outros termos, o interesse público ou o fim público são sujeições exorbitantes que justificam as prerrogativas públicas e que constituem o regime jurídico de direito público²⁰.

2.2 Atuação administrativa imperativa

Espécie do gênero prerrogativas públicas, a prerrogativa imperativa pode ser definida como a “faculdade de a Administração impor o conteúdo de sua decisão administrativa unilateralmente determinada”²¹ aos administrados, independentemente de relação prévia de sujeição especial.

Caracteriza-se pela imposição do conteúdo da decisão administrativa, independentemente da concordância do administrado para o estabelecimento de relação de sujeição especial, do que resulta a unilateralidade da atuação administrativa imperativa.

Nesse sentido, Medauar conceitua:

imperatividade, por alguns denominada autoridade da coisa decidida, consiste na força obrigatória do ato administrativo em relação àqueles a quem se destina. Acarreta, sob o ângulo da Administração, o poder de impor o ato, mesmo contra a vontade do destinatário; sob o ângulo deste, é o caráter de inevitabilidade, em princípio, da decisão administrativa.²²

¹⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 44.

¹⁹ *Ibidem*, p. 44.

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, J. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.]**, v. 66, p. 196, 1971. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66626>. Acesso em: 21 ago. 2022.

²¹ *Ibidem*, p. 58.

²² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 140.

Por meio da prerrogativa imperativa, a Administração Pública reafirma sua supremacia, legitimando a imperatividade dos atos administrativos e a inclusão de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

Como prerrogativa pública, a prerrogativa imperativa denota-se por sua exorbitância e legitima-se pela instrumentalidade, já que, de regra, se atende o interesse público com o pronto acatamento dos atos administrativos unilaterais pelos administrados.

Palma ressalta que o ato administrativo é um dos elementos centrais do Direito Administrativo, protagonizando a atuação administrativa estática ou *one shot*²³, de cunho reconhecidamente autoritário em razão dos atributos da unilateralidade e imperatividade.²⁴

Em outras palavras, o administrado, em razão da ausência ou ínfima participação, fica reduzido a um sujeito passivo, de mero receptor da decisão unilateralmente estabelecida pela Administração.

2.3 Supremacia e indisponibilidade do interesse público como óbices à consensualidade administrativa

Por muito tempo, a doutrina administrativista nacional sustentou a vedação à celebração de acordos pela Administração Pública calcada na indisponibilidade do interesse público, que, ao lado do princípio da supremacia do interesse público, seriam, na lição clássica de Bandeira de Mello, as “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo.

Da conjugação da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público é que sobreveio a conclusão prevalecente na doutrina clássica de que a Administração Pública estaria impedida de transacionar.

Nesse sentido:

²³ Juliana Bonacorsi de Palma descreve a atuação administrativa estática, citando Sabino Cassese, de atuação *one shot*, limitando o administrado à figura de receptor da decisão administrativa estabelecida unilateralmente pela Administração. PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 70.

²⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 69.

A principal pauta de debates acerca da viabilidade jurídica de a Administração Pública celebrar acordos administrativos em detrimento da atuação administrativa típica corresponde à compatibilidade da consensualidade com os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado.²⁵

Isso porque a lógica empregada na adoção de uma solução consensual representaria verdadeira oposição à ideia de supremacia e da indisponibilidade do interesse público, já que a Administração Pública não estaria atuando no exercício das prerrogativas públicas, isto é, de forma unilateral e imperativa.

Com espreque na lição de Cirne Lima, a partir da clássica afirmação de que a Administração é a “atividade do que não é senhor absoluto”²⁶, Bandeira de Mello define a sua concepção de indisponibilidade do interesse público:

na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela. [...] a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei²⁷.

Da formulação da indisponibilidade do interesse público decorre a vinculação da atuação administrativa à lei ou, melhor dizendo, ao sistema legal, que se erige, portanto, como o “fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa”.²⁸

Por se tratar da formulação clássica, não abrange, neste ponto, a atual noção de submissão da Administração Pública ao Direito, como decorrência do princípio da juridicidade.

Bandeira de Mello ressalta, ainda, que o princípio da finalidade está inserto na noção de legalidade. Em suas palavras, “só se cumpre a legalidade quando se atende à sua finalidade. Atividade administrativa desencontrada com o fim legal é inválida e por isso juridicamente censurável”.²⁹

²⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 136.

²⁶ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**, 7ª ed., Malheiros Editores, 2007, p. 37.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 77.

²⁸ *ibidem*, p. 79.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 80.

Bem resumindo essa compreensão da relação entre legalidade e finalidade pública, Palma assim sintetiza a questão:

o interesse público e não a vontade do administrador guiaria a administração propriamente dita e os bens públicos, determinando o tipo de provimento administrativo a ser adotado. Caberia ao administrador público tão somente explicitar o interesse público já estabelecido em lei formal e desenvolver a atividade administrativa para satisfação desse mesmo interesse público. Na medida em que a finalidade legal fosse atendida quando do desenvolvimento da atividade administrativa, o interesse público seria, então, tutelado pela Administração Pública.³⁰

Importa referir que um dos desdobramentos do princípio da indisponibilidade do interesse público seria a irrenunciabilidade parcial ou total das prerrogativas públicas, as quais devem ser empregadas na atividade administrativa para alcançar o interesse público.

Na lição de Bandeira de Mello, decorre da indisponibilidade, o princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, segundo o qual “a prossecução das finalidades assinaladas, longe de ser um problema pessoal da Administração, impõe-se como obrigação indiscutível”³¹.

Neste ponto, não se desconsidera a intensificação dos debates sobre o valor metodológico e a própria compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a ordem jurídica estabelecida a partir da Constituição Federal de 1988, notadamente a partir do artigo *Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado*, de Humberto Ávila. Em contraponto, cita-se o artigo *Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado no Direito Administrativo Brasileiro?*, de Fábio Medina Osório.

Sem adentrar no mérito desses debates, cumpre analisar a compatibilidade da supremacia e indisponibilidade do interesse público com a atuação consensual da Administração Pública.

Relativamente à supremacia do interesse público importa salientar que, Palma, admitindo o seu valor metodológico, conclui que a atuação consensual não contrasta com o referido princípio por duas razões:

³⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 47.

³¹ MELLO, *op. cit.*, p. 83.

(i) o ato consensual pode ele próprio ser considerado o interesse público perseguido pelo Estado e (ii) a funcionalidade do princípio da supremacia corresponde à legitimação de limitação a direitos individuais, bem como de conferência de prerrogativas exorbitantes ao Estado, de forma que essa função não impede a celebração de acordos pela Administração.³²

Pela ótica da indisponibilidade, a considerar a concepção de que a Administração Pública tutela o que não é próprio, mas de terceiros, esta não titulariza, nem dispõe do interesse público e, assim, estaria limitada ao atendimento da finalidade legal.

Disso decorre, para parcela da doutrina, o fundamento para a vedação da celebração de acordos pela Administração Pública na medida em que se encontra vinculada à finalidade legal, ou seja, tem o dever de se valer de suas prerrogativas públicas, aplicando-a de forma unilateral e imperativa.

Palma ressalta que o princípio da indisponibilidade do interesse público também padece das mesmas fragilidades que circundam o princípio da supremacia do interesse público. A ausência de contornos bem definidos no ordenamento jurídico e a imprecisão teórica reforçam a dificuldade de sua aplicação³³.

No entanto, ainda que se reconheça a existência desse princípio, nenhuma das possíveis interpretações configurariam óbice à consensualidade administrativa.

Sob o prisma da indisponibilidade das competências administrativas ou prerrogativas administrativas, Palma salienta que o princípio vedaria a renúncia total ou parcial de seus poderes, na esteira do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, II, da Lei n. 9.784/1999³⁴ – lei do processo administrativo federal³⁵.

Contudo, essa disposição não se afiguraria como impeditivo à consensualidade, na medida em que, como visto, as prerrogativas públicas são

³² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 153.

³³ *ibidem*, p. 159.

³⁴ Art. 2 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: [...] II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; BRASIL, **Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm Acesso em: 20 ago. 2022.

³⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 160.

instrumentais para a consecução do interesse público. Assim, se o interesse público puder ser alcançado de forma mais efetiva através de uma solução consensual, inexistindo vedação (ou determinação) expressa, pode a Administração Pública deixar de se valer das prerrogativas públicas sem que isso implique renúncia.

Nesse sentido, Palma ressalta que:

Inexiste qualquer previsão em abstrato que obrigue a Administração a fazer uso de suas prerrogativas públicas, razão pela qual, a princípio, as prerrogativas podem ser dispostas no caso concreto sem que a Administração incorra em renúncia de suas competências administrativas. Não poderá, porém, nos casos de vinculação, quando a norma impuser a obrigatoriedade de uso das prerrogativas públicas ou se a norma vedar a atuação consensual.³⁶

Em suma, a Administração Pública pode atuar consensualmente sobre qualquer objeto do Direito Administrativo, ressalvadas as vedações legais ou de vinculação administrativa.³⁷

Maffini e Cirne, revisitando a compreensão de relação de administração na clássica obra de Ruy Cirne Lima, concluem que a Administração Pública poderá atuar consensualmente nas hipóteses previstas em lei, descabendo qualquer empeco fundamentado no princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nesse sentido:

a legalidade, na acepção de princípio estruturante do direito administrativo, é consequência da indisponibilidade do interesse público – e não o contrário. A partir da promulgação de lei que, inequivocamente, autoriza a Administração a agir de determinada forma, não há como cogitar impedi-la sob o fundamento de que os seus interesses são indisponíveis. Isso porque, gize-se, a indisponibilidade dos seus interesses já foi um dos filtros a orientar o legislador no curso do processo legiferante.³⁸

Logo, havendo dispositivo legal que autorize a atuação consensual, a questão da indisponibilidade do interesse público já foi considerada e superada pelo legislador.

³⁶ *ibidem*, p. 163.

³⁷ *ibidem*, p. 168.

³⁸ MAFFINI, Rafael; CIRNE, Rodrigo de Jesus. Arbitragem e administração pública: uma análise da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a administração pública à luz da disponibilidade dos direitos. **Revista da ESDM. Porto Alegre, 2018. Vol. 4, n. 8 (2018), p. 91.**

3 O fenômeno da consensualidade no Direito brasileiro

Diante da necessidade de superar a sua concepção autoritária, a doutrina administrativista vem evoluindo no sentido de reposicionar o Direito Administrativo brasileiro à luz da Constituição da CF de 1988:

O processo de constitucionalização do direito administrativo deve ser entendido como uma postura de releitura e redefinição de institutos e conceitos da velha dogmática da disciplina sob a ótica do sistema de princípios da Constituição, de molde a erigir novos paradigmas dotados não apenas de maior consistência teórica, mas comprometidos com o sistema democrático, com a busca da eficiência como mola propulsora de desenvolvimento e, sobretudo, com o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais.³⁹

Nesse mesmo sentido, Maffini:

Num sinal de elogiável evolução, alvorece na doutrina pátria uma série de trabalhos que buscam a necessária adaptação do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica, como se pode extrair — já numa concepção topográfica — da Constituição Federal de 1988, adequadamente concebida como cidadã.⁴⁰

Numa perspectiva de alteração dos paradigmas do Direito Administrativo, a partir do qual o cidadão substituiu o administrado⁴¹, sob o influxo dos direitos

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 60.

⁴⁰ MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, 2010. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8051>, p. 160.

⁴¹ Entre os inúmeros componentes de tal moderna leitura do direito administrativo, destaca-se aqui um aspecto que, ultima ratio, pretende sobrelevar o papel do cidadão nas relações jurídico-administrativas. Em efeito, na perspectiva em superação, o cidadão (ou administrado) apresentava-se ou de modo absolutamente irrelevante à construção teórica do direito administrativo, ou de forma a figurar somente como o simples destinatário da administração pública, ou seja, alguém que tão somente “sofre” a função administrativa. Quanto à posição do cidadão na teoria do direito administrativo moderno, busca-se um novo paradigma, em que esse, demais de obviamente ser o destinatário da administração pública, coloca-se como um importante ator no cenário das relações jurídico-administrativas, o qual terá, juntamente com o Estado, o desiderato de construir as tomadas de decisão que lhe afetam e que afetam a sociedade como um todo. Trata-se de uma decorrência do princípio da participação, o qual há de se colocar em relevante patamar no horizonte de paradigmas que se inclinam à modernização e racionalização do direito administrativo. MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, 2010. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8051>, p. 160.

fundamentais previstos pela Constituição de 1988, segundo a qual a “participação” (*lato sensu*) do cidadão na formação do provimento da Administração ganha relevo, passamos a ter um dos fundamentos da atuação administrativa consensual.

Moreira Neto leciona que:

Os princípios proporcionaram o rápido desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais erguida sobre a noção transcendental da dignidade da pessoa, incorporada à noção jurídica de cidadania e, desse modo, contribuindo decisivamente para que o Direito Público deixasse de ser apenas um Direito do Estado para ser primordialmente um Direito do Cidadão⁴².

Palma destaca a existência de diferentes vertentes de entendimento sobre a definição da consensualidade no Direito Administrativo brasileiro. Contudo, não obstante a imprecisão teórica, ressalta a autora, o elemento nuclear que une as diferentes compreensões é a desautorização da Administração Pública, uma maior abertura da Administração às soluções concertadas para atendimento das finalidades públicas⁴³.

A Administração abre mão da posição desnivelada, desce de sua posição de superioridade perante o particular, buscando se posicionar de forma mais horizontalizada, abrindo mão do ato unilateral e imperativo para uma solução negociada com o particular.

Além do viés “participação” do cidadão, Palma também reconhece a consensualidade como técnica de gestão administrativa:

Antes de uma exteriorização da participação administrativa ou a afirmação da democratização na Administração Pública, a consensualidade consiste em uma técnica de gestão cujo instrumento de formalização corresponde ao acordo administrativo. Isso significa que o acordo administrativo consiste em um dos meios para satisfação das finalidades públicas que a Administração tem ao seu dispor, o que certamente reforça o caráter instrumental da atuação administrativa consensual dado o enfoque no fim de interesse público que a Administração deve perseguir.⁴⁴

⁴² NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <http://www.direito.doestado.com.br>. Acesso em: 20 ago. 2022, p. 11.

⁴³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 90.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 128.

Assim, há o viés cidadão, decorrente de sua efetiva participação nas deliberações públicas, assim como o viés pragmático, isto é, de gestão pública, especialmente vinculado à eficiência da Administração.

3.1 Fatores de ascensão da consensualidade no Direito Administrativo

Três são os fatores de ascensão da consensualidade no Direito Administrativo fartamente encontrados nos escritos doutrinários: (i) a democracia substantiva; (ii) a contratualização; e (iii) a eficiência.⁴⁵

Sobre a democracia substantiva, Palma leciona que:

O recente estágio da democracia dita o maior envolvimento dos cidadãos na definição de políticas públicas e, no âmbito da Administração Pública, na tomada de decisões administrativas. Diante da redemocratização consagrada com a Constituição Federal de 1988 e a nova ordem da cidadania que ela determina, mais participativa, a consensualidade é apontada como uma decorrência natural do atual estágio de organização constitucional da Administração Pública⁴⁶.

Corroborando essa compreensão de democracia substantiva, Moreira Neto ressalta que há uma maior exigência de participação:

[a democracia substantiva] reivindica o incremento do diálogo e da participação, visando sobretudo à criação e à aplicação do direito, forçando a abertura dos processos decisórios e a instituição de instrumentos políticos e administrativos de interação de vários tipos e em vários níveis políticos e administrativos⁴⁷.

O fenômeno da contratualização corresponde ao crescente uso de contratos (em sentido amplo) pela Administração Pública, no lugar da atuação unilateral imperativa.

Por fim, o terceiro fator é a eficiência, inserta no texto constitucional pela EC nº 19/98 como princípio norteador da Administração Pública, passa a ser um dos três pilares que sustentam a consensualidade no Direito Administrativo.

⁴⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 83.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁷ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 ago. 2022, p. 8.

No particular da eficiência, Palma denomina de *elogio ao consenso* o discurso em que se expõe genérica e abstratamente os pontos positivos e as potencialidades dos instrumentos consensuais, presumindo-se a sua maior eficiência, sem, contudo, aprofundar os estudos teóricos e examinar casos práticos, reproduzindo o seguinte excerto de autoria de Moreira Neto:

é inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)⁴⁸.

No entanto, relativamente à eficiência, tem-se que uma análise que pretenda definir o meio mais eficiente certamente perpassará pelo exame das peculiaridades do caso concreto, o que será melhor abordado no item 3, a seguir.

Dito de outro modo, em razão do caráter instrumental das prerrogativas públicas, a Administração poderá optar (motivadamente) entre imperatividade e consensualidade para pautar o seu agir em determinada situação concreta.

Nessa linha, Palma sustenta que:

Os acordos administrativos podem perfeitamente ser objeto de análise de custo-benefício uma vez que mensuráveis, principalmente quanto às variáveis tempo e custos, assim como admitem figurar no jogo da proporcionalidade. No entanto, é de se verificar que a consensualidade remete à evidente dualidade ato imperativo – ato consensual, de forma que os efeitos de ambas as medidas de desenvolvimento da função administrativa levam à inevitável comparação entre imperatividade e consensualidade para satisfação das finalidades públicas. Dessa forma, ato imperativo e ato consensual passam a ser preferencialmente escolhidos em razão dos efeitos específicos que geram no caso concreto⁴⁹.

Certamente, não se sustenta *a priori* uma ou outra forma de agir (imperatividade ou consensualidade) como preferencial ou recomendada, já que, diante das

⁴⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *NOVAS TENDÊNCIAS DA DEMOCRACIA: CONSENSO E DIREITO PÚBLICO NA VIRADA DO SÉCULO– O CASO BRASILEIRO. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 21 de agosto de 2022, p. 2.

⁴⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 98.

peculiaridades do caso concreto, é que a Administração terá condições de definir a solução mais adequada para o atendimento ao interesse público.

Essa escolha integra a discricionariedade da Administração Pública, conforme leciona Palma:

Integra a esfera de discricionariedade da Administração Pública a eleição pela forma de atuação administrativa em determinadas situações, ora imperativa, ora consensual. Embora o ato imperativo e unilateral seja um mecanismo de indiscutível utilidade à ordem pública, cujo enforcement viabiliza a imposição das decisões administrativas aos administrados em uma relação verticalizada travada com a Administração Pública, os efeitos positivos dos acordos passam a ser reconhecidos e, assim, ensejam um proceder administrativo por vezes sem recurso à imperatividade⁵⁰.

No caso dos acordos substitutivos de sanção, o objeto do acordo é a prerrogativa pública, qual seja a prerrogativa imperativa, uma vez que, ao invés de aplicar – unilateralmente – a consequência prevista em lei, a Administração Pública leva à mesa para negociação com o particular. Nesse sentido:

O objeto da negociação é a prerrogativa pública (no extremo, a prerrogativa imperativa), tanto quanto ao uso dessa prerrogativa pelo agente público como com relação à medida do exercício do poder de autoridade estatal. A negociação das prerrogativas públicas corresponde a ponto sensível do Direito Administrativo, pois remete à questão da indisponibilidade do interesse público ao determinar concessões recíprocas entre as partes pública e privada negociante. Esta dinâmica de negociação implica, portanto, na substituição de uma sanção administrativa de advertência por obrigações de fazer ou de não fazer pelo administrado, por exemplo⁵¹.

Palma destaca que a natureza jurídica dos acordos administrativos em sentido estrito é um celeuma no Direito Administrativo brasileiro, salientando, ainda, haver pouca utilidade em enquadrá-los em alguma categoria tradicional do Direito Público⁵².

Para o presente trabalho, toma-se a acepção de que o compromisso, enquanto decisão final, é ato administrativo bilateral, derivado de processo administrativo⁵³.

⁵⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 13.

⁵¹ *Ibidem*, p. 129.

⁵² *Ibidem*, p. 130.

⁵³ A função primacial do processo administrativo consiste na garantia dos direitos dos administrados em face da Administração Pública. Tal viés, marcadamente liberal, decorria do anseio de minimizar os efeitos da ação administrativa eminentemente autoritária, pois o estabelecimento de um rito de observância inescusável pela Administração Pública traria tanto previsibilidade à tomada das decisões administrativas quanto ampliaria do direito de defesa do administrado em cada uma de suas fases, inclusive pela judicialização do processo administrativo. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação**

Nesse sentido, Palma:

A decisão administrativa constrói-se na dinâmica processual. Caracterizado pela sucessão de atos administrativos conjugados e harmonizados à decisão administrativa final, o processo administrativo pode ser visualizado como o ambiente de construção da decisão administrativa, pois a função organizativa do processo administrativo confere racionalidade à formação da manifestação administrativa.⁵⁴

Destaca-se que a noção de atuação administrativa consensual está associada à ideia de processo administrativo. Isto é, a ação estatal se desprende do “ato” para ser concebida dentro do “processo administrativo”.

3.2 Instrumentos legislativos brasileiros que permitem a realização de acordos

A consensualidade administrativa não é um fenômeno recente no Direito Administrativo brasileiro. Embora a intensificação do debate sobre a consensualidade administrativa tenha ocorrido nos últimos anos, verifica-se a existência de permissivos legais que há muito já preveem a possibilidade de realização de acordos pela Administração Pública:

somente a partir da segunda metade dos anos 1990 o tema passou a ser discutido no Brasil de forma técnica e sistematizada em torno do conceito de “consensualidade”. No contexto de limitação da autoridade do Estado por meio de estudos sobre a participação administrativa e a forma de exercício do poder de autoridade pelo Estado, os administrativistas brasileiros entraram em contato com o desenvolvimento teórico da consensualidade nos países europeus filiados ao civil law e inseriram o tema da consensualidade na pauta da agenda teórica nacional.⁵⁵

Palma destaca que o cenário é profundamente alterado a partir da década de 1990 e intensificado nos anos 2000, em razão da Reforma do Estado:

O panorama muda significativamente na década de 1990, quando se verifica a efetiva abertura normativa à consensualidade por duas vertentes: aumento quantitativo da previsão de acordos administrativos e ampliação do rol de setores cuja disciplina jurídica passou a prever a atuação administrativa consensual. Embora esse processo seja intensificado a partir da primeira metade de 2000, notadamente por conta do exercício do poder normativo pelas Agências Reguladoras para construir o seu arcabouço regulatório, é

administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 131).

⁵⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual:** estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 131.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 82.

certamente no período da década de 1990 que o plano normativo do Direito Administrativo sinaliza a ascensão da consensualidade no exercício da função administrativa.⁵⁶

A legislação pátria é repleta de exemplos de hipóteses de abertura da Administração Pública aos acordos. Diversos são os instrumentos legislativos que preveem a consensualidade administrativa, a possibilidade de acordos substitutos de sanção ou integrativos, como, por exemplo, ocorre no âmbito dos órgãos ambientais, das agências reguladoras, da Comissão de Valores Mobiliários e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O Decreto-Lei 3.365/41, em seu art. 10, prevê a possibilidade de realização de acordo⁵⁷ para efetivação da desapropriação, acaso existente concordância do proprietário com o valor ofertado. Afora isso, o art. 22 do Decreto-Lei 3.365/41, dispõe da transação judicial no processo de desapropriação (havendo concordância sobre o preço, o juiz encerrará o processo judicial).

No Direito Ambiental, remonta à década de 1980, na Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, a possibilidade de adoção de “medidas compensatórias” ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental (art. 9º, IX, Lei nº 6.938/81).

A regulamentação veio com o Decreto nº 99.724/90 que instituiu verdadeiro acordo integrativo para redução do valor da multa em até 90% mediante o cumprimento de medidas para cessão ou recomposição dos danos ambientais. Também, o Decreto nº 3.179/99, que autorizou a substituição de multa diária por meio de celebração de termo de compromisso para reparação dos danos ambientais.

Contudo, Guerra e Palma lecionam que o instituto da penalidade compensatória foi pouco utilizado pelos órgãos ambientais:

Na prática, contudo, mesmo regulamentado durante as décadas de 1980, 1990 e 2000, raras foram as oportunidades em que os órgãos ambientais aceitaram substituir a penalidade compensatória por acordo de compromisso. Recentemente, o tema voltou com força em matéria de regulação ambiental com o detalhamento minucioso do procedimento e da forma do “Programa de Conversão da Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente”. (artigos 139 e seguintes do

⁵⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 172.

⁵⁷ Evita-se o termo desapropriação amigável, uma vez que a expropriação é compulsória. O acordo é firmado apenas em relação ao preço.

Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 9.179, de 23 de outubro de 2017).⁵⁸

Também importa referir que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) incluiu na Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, o § 6º ao seu art. 5º, dispondo sobre a possibilidade de a Administração Pública celebrar compromissos de ajustamento de conduta.

Em sentido amplo, mencionem-se as Leis nº 8.197/91 e 9.469/97, que permitiam a celebração de acordos judiciais pela Administração Pública federal. Também, a Lei nº 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, que autoriza a Administração Pública federal a conciliar, transigir ou desistir.

Destacam-se, também, dois stores que se abriram à consensualidade na década de 1990, que foram o antitruste, por meio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, criado pela Lei nº 4.137/62) (Lei nº 8.884/94) e o de mercado de capitais, por meio do qual a Lei nº 9.457/97 alterou a Lei nº 6.385/76, que disciplina a criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), passando a dispor do termo de compromisso para suspensão de procedimento administrativo.

Além disso, com a Reforma Gerencial do Estado, por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, serviços públicos antes prestados diretamente pelo Estado passaram à iniciativa privada, no âmbito dos denominados setores regulados. Redefinição do papel do Estado como agente promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social. Assim, além da implementação da forma de administração gerencial em substituição da burocrática, “novos entes foram concebidos para lidar com as privatizações e as desestatizações”⁵⁹.

No caso do Brasil, foi adotado o modelo de Agências Reguladoras, independentes e autônomas em relação à Administração direta, como meio de evitar a ingerência de influências políticas na atividade regulatória. Sobreleva-se a forte função de fiscalização, calcada na ideia manutenção dos padrões de qualidade.

⁵⁸ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.138.

⁵⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 185.

As sanções administrativas revestem-se majoritariamente de caráter econômico, como multas e interdições de atividades, de modo que repercutem na própria rentabilidade esperada das empresas que investem no dado setor, daí a necessidade de um maior detalhamento das atividades de fiscalização e uma intensa participação das empresas concessionárias dos serviços públicos.

A consensualidade ganhou especial destaque na regulação e acabou sendo introduzida em atos normativos disciplinares das Agências Reguladoras. Palma ressalta que a “nota da permeabilidade, que predica a participação do regulado na formação da decisão reflexiva, foi fundamental para a criação de normas legitimadoras da negociação do exercício da prerrogativa imperativa pela autoridade regulatória”.⁶⁰

Ressaltam-se, também, outros diplomas legislativos que já incorporaram a dinâmica consensual:

i) Lei n. 12.846/2013 que dispõe sobre os acordos de leniência na responsabilização de pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública;

ii) Lei n. 13.129/2015 sobre a Arbitragem na Administração Pública direta e indireta.

iii) Lei n. 13.140/2015 que trata da Mediação e autocomposição

iv) Lei n. 14.133/2021 de Licitações e Contratos Administrativos, prevê extinção consensual do contrato; e

v) Lei nº 14.230/21 que trata do acordo de não persecução cível em improbidade administrativa.

3.3 Classificação – acordos substitutivos e acordos integrativos

A principal diferença se refere à finalidade processual a que se destinam: “terminação ou integração processual” e “à natureza jurídica dos atos finais nos processos em que sejam celebrados, com relevantes consequências na estrutura e no controle destes atos”.⁶¹

⁶⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 182.

⁶¹ *Ibidem*, p. 191.

Os acordos substitutivos encerram, suspendem ou evitam a instauração do processo administrativo. Já os acordos integrativos não encerram o processo administrativo, pois se presta a compor a vontade juntamente com a Administração Pública.

3.3.1 Acordos substitutivos

Os acordos substitutivos caracterizam-se por encerrar, suspender ou evitar a instauração do processo administrativo, substituindo, pois, a decisão unilateral e imperativa da Administração Pública.

Nessa linha:

Há a terminação consensual do processo administrativo por meio da celebração de acordo administrativo entre a Administração Pública e o administrado. Por meio de ato bilateral, resultado do encontro de vontades, a Administração Pública deixa de emitir ato imperativo e unilateral ou encerra consensualmente o procedimento instaurado para tanto. Nota-se, assim, o caráter alternativo da medida concertada à atuação administrativa típica, que necessariamente importa na terminação do processo administrativo ao qual o acordo esteja atrelado”.⁶²

Três funcionalidades específicas podem ser atribuídas aos acordos substitutivos:

(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 sancionador⁶³.

Destaca-se pela característica da alternatividade, isto é, a possibilidade de a Administração Pública substituir a sanção administrativa por acordos. Neste caso, o acordo não ocorre no curso do processo, mas no momento final, substituindo o ato imperativo e unilateral.

A depender da fase processual, o acordo se prestará à suspensão deste até o integral cumprimento dos termos acordados. Neste caso, dentre as sanções fixadas

⁶² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 190.

⁶³ *Ibidem*, p. 192.

pelo descumprimento, pode ser incluída a retomada do curso do processo administrativo sancionador.

Por fim, o acordo pode ser firmado antes mesmo da instauração do processo administrativo sancionador, caso em que cumprirá a finalidade de impedir a sua instauração.

Nada obsta que o acordo detenha mais de uma funcionalidade simultaneamente.

Ainda que inexistente disciplina normativa padronizada antes da Lei nº 13.655/2018, duas características fundamentais foram identificadas a partir das disposições esparsas e da prática consensual, quais sejam: (i) impedir que a Administração Pública emita o ato unilateral e imperativo; (ii) repercutir sobre o processo administrativo, suspendendo-o, encerrando-o ou até mesmo vedando a sua instauração.⁶⁴

3.3.2 Acordos integrativos

Já os acordos integrativos não tem o condão de encerrar o processo administrativo

pois voltados à viabilização da emissão pela Administração Pública do ato final, imperativo e unilateral, de forma mais célere ou mais adequado às especificidades do caso concreto. De forma bastante simplificada, nesta dinâmica consensual os provimentos administrativos vinculam-se à celebração de acordos administrativos, sem que estes encerrem o processo administrativo, ou seja, a emissão do ato administrativo final condiciona-se à celebração do de acordos integrativos. Os acordos administrativos comportam-se, portanto, como atos processuais não terminativos.⁶⁵

Com isso, conclui-se que a atuação consensual da Administração Pública não está limitada ao afastamento da prerrogativa imperativa, mas pode ser compreendida, também, no seu exercício de forma mais branda ou célere com o fim de alcançar decisão consensuada com o particular.

Os acordos integrativos caracterizam-se pelo

⁶⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 196.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 191.

delineamento do exercício da prerrogativa imperativa pela Administração Pública de forma negociada, ou seja, não se afasta por inteiro a prerrogativa estatal, mas Administração e administrado firma acordos com a finalidade de estabelecer o modo de emprego da autoridade estatal

[...]

Como consequência, a celebração de acordos integrativos no transcurso do processo administrativo não determina a terminação consensual do processo. Trata-se de acordo integrado ao processo, verdadeiro ato processual, voltado à emissão de ato imperativo e unilateral pela Administração Pública de forma mais célere ou mais adequado às especificidades do caso concreto. ⁶⁶

Por exemplo, a redução de uma multa. Não abre mão da imperatividade, mas aplica a sanção de forma mais branda.

A principal função do acordo integrativo está relacionada ao procedimento de autorização de exercício de atividades econômicas.

⁶⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 197.

4 O compromisso do art. 26 da LINDB

A noção de juridicidade no âmbito do Direito Administrativo ampliou significativamente os parâmetros de validade da atuação da Administração Pública, superando a anterior vinculação à legalidade.

Por um lado, a juridicidade administrativa abre o caminho para a redução do arbítrio estatal e propicia uma administração pública mais consentânea ao Direito. Contudo, por outro, ante a fluidez própria da inserção dos princípios como parâmetro para análise do agir do agente público, acaba ensejando insegurança jurídica.⁶⁷

Além disso, após o advento da Constituição Federal de 1988, novos órgãos de controle foram concebidos, outros, já existentes, ganharam maior relevo e tiveram suas competências ampliadas.⁶⁸

De igual modo, não se desconsideram os aspectos positivos do relevo e do melhor aparelhamento dos órgãos de controle da ação da Administração Pública.

Ocorre que

os órgãos de controle, sobretudo aqueles que surgiram ou ao menos foram mais prestigiados pela Constituição Federal de 1988, acabam por ser legitimados justamente pelo controle que fazem; e isso, por vias oblíquas, acaba por incentivar que o controle seja, por vezes, mais intenso ou detalhista do que devia.⁶⁹

Acresça-se, ainda, que houve uma significativa ampliação da legislação no âmbito do direito administrativo, tratando do funcionamento de órgãos e entes públicos, contratações públicas, controle e fiscalização, entre outros, colaborando para o cenário de insegurança jurídica.

Nesse sentido:

o avanço na elaboração de leis gerava um retrocesso na segurança das relações jurídicas. Dessa forma, concluiu-se que o aumento da produção de regras disciplinando processo e controle da administração provocou um crescimento de sensação de incerteza jurídica e de imprevisibilidade, ameaçando a estabilidade das instituições públicas.⁷⁰

⁶⁷ MAFFINI, Rafael. LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos. **Revista da CGU**, Brasília, v. 13, n. 23, p. 55-70, 2021. DOI: <https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.369>, p. 58.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 58.

⁶⁹ MAFFINI, Rafael. **Comentários ao art. 24 da LINDB**. In: DUQUE, Marcelo Schenck; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019, p. 114.

⁷⁰ DOS SANTOS, Welder Queiroz; MAIA, Grhegory Paiva Pires Moreira. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei nº

A insegurança jurídica, portanto, desencoraja a adoção de soluções criativas (que superem o tradicional modelo burocrático) para o melhor atendimento aos interesses públicos ou, por vezes, gera estado de total inação (silêncio) do administrador público.

Maffini ressalta, ainda, o possível efeito inibitório de pessoas qualificadas para o exercício de funções públicas:

A conjugação de tais efeitos colaterais – insegurança jurídica causada pela noção de juridicidade administrativa e exageros perpetrados pelos órgãos de controle – culmina num fenômeno que vem sendo batizado de “apagão das canetas”, decorrente de um “Direito Administrativo do medo” (ou “Direito Administrativo do terror”). Trata-se de um estado de coisas em que a gana por se responsabilizar ou punir os maus e desonestos gestores propicia a inibição de pessoas qualificadas como bons e honestos administradores almejem o desempenho de relevantes funções públicas⁷¹.

É neste contexto, e declaradamente com o objetivo de incrementar a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, que a Lei n 13.655/2018 acrescentou os artigos 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

4.1 Permissivo genérico para a Administração Pública transacionar

Especificamente sobre o fenômeno da consensualidade administrativa, importa referir que, até a publicação da Lei nº 13.655/2018, inexistia um permissivo genérico para celebração de acordos pela Administração Pública.

Palma adverte que a ausência de uma disciplina unificada e padronizada fazia com que os acordos assumissem os contornos próprios do ente administrativo a que estavam atrelados.

Além disso, salienta a autora que:

a especificidade na disciplina da atuação administrativa concertada também decorre de uma opção legislativa em, primeiramente, não editar lei ou alterar

13.655/2018. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, p. 93-120, 2021. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v280.2021.85149>, p. 105.

⁷¹ MAFFINI, Rafael. LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos. **Revista da CGU**, Brasília, v. 13, n. 23, p. 55-70, 2021. DOI: <https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.369>, p. 58.

a lei 9.784/99, na esfera federal, para disciplinar as minúcias do acordo administrativo⁷².

Ainda que o art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública (com a redação dada pelo Código de Defesa do Consumidor) fosse considerado por parte da doutrina como o fundamento para a consensualidade administrativa, carecia de segurança jurídica para que a Administração Pública efetivamente utilizasse esse instrumental na persecução do interesse público.

Essa é a conclusão de Guerra e Palma:

O entendimento de que a Lei da Ação Civil Pública trazia o permissivo genérico legal necessário à consensualidade administrativa, embora largamente defensável, era frágil. Além de relevantes posicionamentos doutrinários em sentido contrário, ressentia-se de um precedente judicial mais firme chancelando o referido preceito como autorizador genérico à celebração de acordos administrativos. A insegurança jurídica na consensualidade administrativa colocava-se, portanto, desde a sua origem, no clássico debate sobre a viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar.⁷³

Ademais, a ausência de uma regulamentação mínima oportunizou que o Ministério Público desse os contornos regulamentares, por meio de Resolução, do TAC na ação civil pública⁷⁴, o que, certamente, contribuiu para a sua reduzida adesão pela Administração Pública como ferramental na persecução do interesse público.

Com o advento da Lei nº 13.655/2018, o panorama jurídico foi profundamente alterado, uma vez que o art. 26 incluído à LINDB consagra verdadeiro permissivo genérico para toda a Administração Pública celebrar acordos, superando a dúvida até então existente.

Nesse sentido:

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

⁷² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 195.

⁷³ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.147.

⁷⁴ *Ibidem*, p.147.

interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade administrativa com maior efetividade e segurança jurídica.⁷⁵

Nesse mesmo sentido, é o Enunciado nº 21 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo:

21. Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadas de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de controvérsias.⁷⁶

Veja-se a redação do art. 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)

Destaca-se por trazer um *mínimo regulamentar*, prevendo os requisitos de validade imprescindíveis para sua efetividade e atendimento ao fim público. Afora isso, ao incorporar a regulamentação básica ao texto legal, o legislador salvaguardou o compromisso de regulamentações que porventura pudessem desnatura-lo.

4.2 Objetivos previstos: Eliminar Irregularidade, incerteza ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público

Passa-se, então, à análise dos objetivos previstos no art. 26, quais sejam: eliminar irregularidade, incerteza ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

⁷⁵ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.140.

⁷⁶ IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB**. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprovaenunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 20 ago. 2022.

À primeira vista, constata-se que os três objetivos convergem para a “aplicação do direito”, delimitando o âmbito de incidência, assim como evidenciando o seu direcionamento para os agentes públicos que detenham essa atribuição, que tenham poder de administrar.

4.2.1 Eliminar irregularidade

Quanto ao primeiro objetivo, a eliminação de irregularidade, verifica-se que foi produzido um ato administrativo em desconformidade com a lei, o que seria resolvido com o exercício unilateral e imperativo do poder de polícia, mormente com a aplicação da sanção prevista em lei.

No entanto, ao invés disso, o art. 26 da LINDB prevê a possibilidade de celebração de compromisso para eliminar a irregularidade.

Nesse sentido, Machado explica que:

o que se quer expressar é que a administração, pelo diálogo, deve exercitar-se, sob determinadas condicionantes, para sanear, convalidar e assumir compromissos no ensejo do seu atuar enquanto aplicadora da lei. Dito diversamente, há uma propensão a se reconhecer, ainda que o ato administrativo seja nulo, valor em determinadas soluções, antes inflexivelmente inaproveitáveis, ao menos sob as lentes do mundo jurídico.⁷⁷

A considerar a classificação dos acordos administrativos, é de se concluir que o compromisso firmado com o objetivo de eliminar irregularidade é um acordo substitutivo.

4.2.2 Eliminar incerteza jurídica

O segundo objetivo veiculado no art. 26 da LINDB é a eliminação de incerteza jurídica, especialmente verificada na aplicação das chamadas normas de *textura aberta*, como conceitos jurídicos indeterminados, valores e princípios.

Machado explica que esses conceitos:

ao mesmo tempo que possuem um núcleo preciso de significado — donde se pode identificar uma zona de certeza positiva (o que é certo que ele é), dentro

⁷⁷ MACHADO, Gabriel. **Acordos administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB, Almedina Brasil, 2021. Disponível em: < <https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9786556272818>>. Acesso em 28/08/2022, p. 79.

da qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra ou expressão que o designa, e uma zona de certeza negativa (o que é certo que ele não é), em que igualmente, inexistiria dúvida acerca de sua utilização, só que para excluir sua incidência —, também exibem um halo periférico, uma zona de penumbra, na qual o administrador e administrado, dada as extensas e difusas margens de interpretação possíveis, não sabem com precisão e de antemão o tratamento a ser aplicado quando vier à tona o caso concreto.⁷⁸

Assim sendo, tendo em vista que nem sempre as condutas podem ser facilmente identificadas como legal ou ilegal, o cenário de incerteza jurídica autoriza a realização de acordo, que, neste particular, será *integrativo*. Isto é, haverá pronunciamento da autoridade administrativa para sanar a dúvida existente, sem substituir, contudo, o provimento final.

Nesse sentido, Guerra e Palma lecionam que:

Incertezas jurídicas também podem ser dirimidas por meio de compromissos cuja principal finalidade seja obter da autoridade administrativa um pronunciamento claro e concreto sobre o objeto da dúvida. Essas são incertezas jurídicas diretamente relacionadas com a aplicação do direito público pela autoridade administrativa, que pode, ou não, ser a sua fonte.⁷⁹

Machado identifica sua utilização potencial na autorização e, até mesmo, como mecanismo regulatório em novos segmentos:

A vocação mais peculiar é de viabilizar, ainda que provisoriamente, o avançar do particular por caminhos de autorização incerta. Em verdade, é até mesmo possível imaginar que os acordos integrativos possam funcionar como um mecanismo regulatório à mão do agente público, baseado em experimentalismo estruturado, que permite, dentro do contexto de acelerado ritmo inovador e crescente complexidade tecnológica, fomentar inovação e competitividade, ao mesmo tempo em que pode manter protegidas a estabilidade e o equilíbrio das relações, tanto no que diz respeito ao particular que diretamente se relaciona com a administração pública, como quanto os demais afetados por aquela relação.⁸⁰

Daí uma importante funcionalidade atribuída aos acordos integrativos, viabilizar, através da consensualidade, uma maior aproximação da Administração Pública ao setor privado num contexto de crescente inovação tecnológica.

⁷⁸ MACHADO, Gabriel. **Acordos administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB, Almedina Brasil, 2021. Disponível em: < <https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9786556272818>>. Acesso em 28/08/2022, p. 82.

⁷⁹ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.152.

⁸⁰ MACHADO, *op. cit.*, p. 82-83.

4.2.3 Eliminar situação contenciosa

Por último, o compromisso para eliminar situação contenciosa com a Administração Pública, no qual:

há pretensões resistidas entre o administrado e o administrador, pouco importando se assentadas ou não em procedimento administrativo ou judicial contraditados. Mais a fundo, a “situação contenciosa” poderá permanecer mesmo depois de, em já tendo sido instaurado algum procedimento, prolatada decisão definitiva sobre o assunto versado nos autos (de processo administrativo ou judicial), bastando que não tenha ocorrido o cumprimento da obrigação imposta ao vencido, o que levaria a uma preclusão lógica, com força para não eternizar conflitos.⁸¹

Guerra e Palma salientam que o compromisso para eliminação de situação contenciosa pode ocorrer em qualquer fase do processo ou, até mesmo, antes de sua instauração:

Como a LINDB não especifica em qual momento processual o compromisso pode ser firmado, entende-se ser viável a terminação consensual do processo administrativo em qualquer uma das seguintes fases: 1. Antes da instauração do processo administrativo; 2. No curso do processo administrativo; 3. Na fase de decisão, ou seja, quando da edição do ato administrativo – em geral, para substituí-lo; 4. Na fase recursal; e 5. Na constituição da coisa julgada administrativa.⁸²

Sob essa ótica, o acordo será substitutivo, podendo ter efeitos terminativos ou de substituir a instauração do processo ou da prolação de decisão neste.

No entanto, o compromisso para eliminar situação contenciosa poderá, também, ser integrativo. É o que leciona Machado:

Isto se sucede de duas formas: o particular pode reivindicar que a aplicação de textos legais vigentes contrários à atividade já não mais espelham a evolução da sociedade que, agora, tem demandada por determinada inovadora atividade (não prevista ao tempo da edição da norma que lhe veda), enquanto que a administração, vinculada à lei, custa a abdicar de uma aplicação normativa no seu sentido mais mecanicista; ou mesmo pela divergente interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.⁸³

⁸¹ MACHADO, Gabriel. **Acordos administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB, Almedina Brasil, 2021. Disponível em: < <https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9786556272818>>. Acesso em 28/08/2022, p. 79-80.

⁸² GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.152.

⁸³ MACHADO, *op. cit.*, p. 81

Imagine-se a hipótese em que houve a propositura de processo, judicial ou administrativo, que não envolve sanção, mas autorização para o exercício de determinada atividade econômica, por exemplo.

4.3 Requisitos formais

São requisitos formais para a celebração do compromisso previsto no art. 26 da LINDB, a oitiva prévia do órgão jurídico, a presença de relevante interesse geral, a consulta pública (facultativa), previsão das obrigações das partes, prazo para cumprimento e sanções aplicáveis na hipótese de descumprimento.

4.3.1 Oitiva prévia do órgão jurídico

A manifestação do órgão jurídico terá por objetivo a verificação da presença dos elementos formais e materiais que justifiquem a adoção da solução consensual:

a tarefa do órgão jurídico será verdadeiramente exigente do ponto de vista intelectual, pois a sua atuação gravitará em torno de questões que digam respeito à real ou potencial não observação da legislação (ou contrato) ou ao âmbito de incertezas latentes sobre a conformação de determinado comportamento à determinado tipo legal de viés aberto.⁸⁴

Guerra e Palma atentam para o fato de que a LINDB não especificou o momento de oitiva do órgão jurídico, mas ressaltam a importância de que a sua participação ocorra desde o início das tratativas e que a manifestação formal seja lançada ao final da instrução e antes da celebração do compromisso.⁸⁵ Assim, acaba-se por conferir maior legitimidade e segurança jurídica.

Neste ponto, embora parcela da doutrina entenda em sentido contrário, cumpre salientar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que a consulta

⁸⁴ MACHADO, Gabriel. **Acordos administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB, Almedina Brasil, 2021. Disponível em: < <https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9786556272818>>. Acesso em 28/08/2022, p. 84-85.

⁸⁵ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.157.

obrigatória vincula a autoridade administrativa, conforme decidido no Mandado de Segurança nº 24.6311/DF⁸⁶.

4.3.2 Presença de relevante interesse geral

O denominado interesse geral é sinônimo de interesse público. Nesse sentido, é o Enunciado nº 9 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo⁸⁷.

Segundo Machado, ao exigir a demonstração da presença de relevante interesse geral, o legislador buscou “reduzir a banalização do uso de um acordo administrativo, potencialmente em vista do reconhecimento de todas as tensões que ele gera”⁸⁸.

A vulgarização do acordo, sustenta o autor, poderia criar um cenário de “expectativa de impunidade”:

assumir que a transação administrativa não se trata de rota alternativa, de viés excepcional, poderia repercutir uma indesejada expectativa de impunidade (se não absoluta, ao menos capaz de justificar a procrastinação de condutas ilegais ou potencialmente ilegais na certeza da sobrevivência de um acordo).⁸⁹

⁸⁶ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

(MS 24631, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)

⁸⁷ 9. A expressão “interesse geral” prevista na LINDB significa “interesse público”, conceito que deve ser extraído do ordenamento jurídico.

⁸⁸ MACHADO, Gabriel. **Acordos administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB, Almedina Brasil, 2021. Disponível em: < <https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9786556272818>>. Acesso em 28/08/2022, p. 85.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 85.

Neste ponto, discorda-se do autor, uma vez que, conforme analisado nos itens 1 e 2 do presente trabalho, a atuação administrativa consensual pauta-se pela instrumentalidade-eficiência.

Guerra e Palma entendem que a demonstração do interesse geral tem o condão de legitimar o acordo:

Trata-se de uma justificação que endereça crítica antiga à consensualidade no sentido de que o Poder Público não poderia dispor de interesse que não lhe pertença – o interesse público seria o interesse da coletividade, e não da Administração. Ao expor as razões de relevante interesse geral, a autoridade administrativa rebate essa crítica indicando que o compromisso é o interesse público no caso concreto. Por meio de acordo de vontade entre partes bem estabelecidas, são gerados efeitos positivos para a sociedade, o mercado, uma dada localidade, a cultura, o meio ambiente, o desenvolvimento econômico etc.⁹⁰

Logo, se as circunstâncias do caso concreto apontarem para um resultado mais promissor por meio da via consensual, a eficiência será a própria demonstração do interesse geral pela autoridade.

4.3.3 Consulta pública prévia

A consulta pública prévia é o único requisito facultativo, em razão da expressão “quando for o caso” contida no *caput* do art. 26 da LINDB.

É um instituto que há muito está inserido no direito administrativo brasileiro, encontrando previsão na Lei no 9.784/99, em seu art. 31, que prevê:

quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.⁹¹

Embora seja despida de caráter vinculativo, a consulta pública destaca-se por conferir maior participação do cidadão no processo decisório, ampliar a publicidade e congrega mais conhecimento ao processo administrativo.

Vide a conclusão de Machado:

⁹⁰ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.158.

⁹¹ BRASIL, **Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm Acesso em: 20 ago. 2022.

Ao congregar acessibilidade, publicidade e motivação no processo decisório, esta ferramenta que, envolve partes externas dotadas potencialmente de diferentes pontos de vista e com capacidade para indicar efeitos ou mesmo efeitos dos efeitos do objeto consultado, pode ser muito útil para a administração pública, na medida em que franqueia um nível superior de cognição antes da decisão. No entanto, dados os custos envolvidos, eventual urgência que determinada medida encerre ou mesmo o necessário sigilo da transação (por questões, e.g., de segurança pública), pode se tornar medida proibitiva ao alcance do interesse geral, a revelar, nestas hipóteses, sua devida impertinência para a estruturação do acordo.⁹²

De outro canto, há de se ponderar que a consulta pública irá acrescer tempo e custos ao processo, além de não ser aconselhável em determinadas situações que legitimamente demandem sigilo das tratativas.

Guerra e Palma, ponderando os custos de tempo e recursos, ressaltam que a consulta pública será recomendada nos seguintes casos:

(i) negociação de altos valores, como nos acordos de investimento bilionários; (ii) desenho de cláusulas com impactos concorrenciais, econômicos ou que importarem em escolha daqueles que se beneficiarão dos benefícios gerados pelo compromisso; (iii) sensibilidade social, política ou humanitária do compromisso, inclusive quanto à desconfiança ética das tratativas; e (iv) em casos cujo cenário do compromisso seja complexo e de difícil mapeamento dos interesses em jogo.⁹³

É possível concluir, assim, que a consulta pública será um instrumento “de reserva” à disposição da administração para os casos mais complexos, que envolvam valores expressivos ou que tratem de temas sensíveis.

4.3.4 Demais requisitos formais

Os demais requisitos formais dispensam maiores explicações, quais sejam: (i) a descrição das obrigações das partes; (ii) a descrição do prazo para cumprimento; (iii) a descrição das sanções pelo descumprimento; e (iv) a publicação oficial.

Por fim, cabe referir que o art. 26, em seu §1º, III, dispõe que o compromisso “não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”.

⁹² MACHADO, Gabriel. **Acordos administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB, Almedina Brasil, 2021. Disponível em: < <https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9786556272818>>. Acesso em 28/08/2022, p. 86.

⁹³ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.156.

Entende-se que não se trata de requisito, mas de vedação a cláusulas que prevejam a renúncia de competências administrativas ou o condicionamento de direito, que, por óbvio, não poderão integrar os acordos administrativos.

Nesse sentido, sobre a desoneração permanente de dever, Guerra e Palma, em passagem elucidativa, lecionam:

Trata-se de um comando especialmente dirigido à negociação quanto ao modo de exercício de prerrogativas públicas, como a intensidade de uma sanção ou o afastamento das mesmas no caso do compromisso. Afastar a sanção no específico caso pela pactuação de compromisso não significa desoneração permanente de dever, o que se evidenciaria, por exemplo, na hipótese em que o Poder Público se comprometesse a deixar de fiscalizar uma determinada empresa ou sancionar um determinado compromissário em eventos futuros.⁹⁴

O dispositivo veda, também, que o compromisso inclua cláusulas que condicionem o exercício de direito reconhecido por orientação geral, como, por exemplo, exigir o pagamento de quantia para exercer o direito de petição.

4.3.5 Critérios específicos: proporcionalidade, equidade, eficiência e interesses gerais

Por fim, o art. 26, § 1º, I, da LINDB enumera critérios específicos que vão pautar os termos e condições do ajuste e, até mesmo, a própria justificativa para a adoção da solução consensual. *In verbis*:

Art. 26. [...]

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

Trata-se de exercício de verificação e de ordenação das consequências que poderão decorrer do compromisso, cabendo à autoridade administrativa identificar qual a solução que melhor atenderá aos critérios de proporcionalidade, equidade e eficiência e compatibilidade com os interesses gerais.

A expressão “buscará solução jurídica” remete à ideia de “envidar esforços” para alcançar, pela via consensual, uma decisão proporcional, equânime, eficiente e consentânea ao interesse público.

⁹⁴ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.163.

Os requisitos são cumulativos, pois a redação do art. 26, § 1º, I, da LINDB não trata de proporcionalidade ou equidade, eficiência ou interesses gerais, o que permite concluir que a autoridade deverá envidar esforços para alcançar solução jurídica que atenda, *cumulativamente*, a todos os critérios.

3.3.5.1 Proporcionalidade

Neste ponto, Guerra e Palma, tratando da proporcionalidade e equidade em conjunto, identificam a correlação com a onerosidade das obrigações que serão incluídas no compromisso:

O compromisso não deve trazer um conjunto de obrigações que seja marcadamente mais onerosa que a decisão administrativa final estimada, que servirá de parâmetro de negociação. Entendeu-se que um “compromisso pesado” desestimularia a escolha pela via consensual. Por outro lado, tampouco as obrigações podem ser manifestamente mais leves que a decisão administrativa estimada, o que caracterizaria um comportamento leniente do Poder Público, especialmente em casos de irregularidade⁹⁵.

Em suma, buscar a solução proporcional e equânime impõe ao administrador situar as obrigações que constarão do compromisso entre a solução jurídica que se situe entre a excessivamente onerosa e a demasiadamente branda.

Não há, também, como definir previamente uma razão ideal entre a penalidade que seria imposta no exercício da prerrogativa imperativa e as obrigações estabelecidas no acordo. Nesse sentido, Guerra e Palma explicam que:

O compromisso pode ser mais ou menos proporcional à decisão administrativa paradigma, a depender da negociação de compromissos que melhor conformem uma solução jurídica para endereçamento do cenário concreto. Assim, não haverá uma relação perfeitamente sinalagmática entre decisão administrativa originária e compromisso – a consensualidade é fundamentalmente construída nas bases da discricionariedade e da criatividade no desenho de alternativas jurídicas, sempre legais e motivadas.⁹⁶

Ademais, por se encontrar em posição privilegiada, já que a Administração Pública detém a competência decisória, a proporcionalidade e equidade seriam parâmetros necessários para salvaguardar o particular da arbitrariedade.

⁹⁵ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.162.

⁹⁶ *Ibidem*, p.162.

Importante citar o entendimento de Ávila, com fundamento na doutrina de Alexy de que:

a proporcionalidade não consiste em uma norma-princípio, mas consubstancia uma condição da realização do Direito, já que não entra em conflito com outras normas princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante a criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência.⁹⁷

Assim, a proporcionalidade é um processo de justificação que perpassa pelos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é compreendida como um critério negativo, um primeiro filtro que elimina todos os meios não adequados. Seguindo para a necessidade, tem-se que esta é o critério de escolha da alternativa menos restritiva entre os meios adequados. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito seria o cotejo entre a intensidade da restrição e o relevo do direito a que se pretende aplicar.

Interessante citar a conclusão de Guerra e Palma, que traduzem o teste da proporcionalidade para a hipótese do compromisso do art. 26 da LINDB:

(i) a obrigação desenhada deve se relacionar com o problema jurídico – adequação; (ii) deve ser a menos onerosa dentre as suas alternativas – necessidade; e (iii) ser a que melhor traduz e potencializa o plano do compromisso – proporcionalidade em sentido estrito.⁹⁸

Machado ressalta o relevo do exame da proporcionalidade nos acordos para “lidar com um problema da dimensão normativa dos acordos, especialmente quando a monetização dos custos e benefícios associados à promoção e à restrição de objetivos imbricados não se revela possível ou suficiente”⁹⁹.

3.3.5.2 Equidade

Sobre a equidade, cita-se o Enunciado do editado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA):

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. RERE. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007. Salvador. Disponível em: <http://www.direito.doestado.com.br>. Acesso em: 20 ago. 2022, p. 14.

⁹⁸ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.163.

⁹⁹ MACHADO, Gabriel. **Acordos administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB, Almedina Brasil, 2021. Disponível em: < <https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9786556272818>>. Acesso em 28/08/2022, p. 99.

8. A expressão “equânime”, sendo que, no particular da contida no parágrafo único do art. 21 da LINDB, não transmite conceito novo que não esteja previsto no ordenamento jurídico, remetendo às ideias de isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, equidade e ponderação dos múltiplos interesses em jogo.

Assim, entende-se que acertada foi a conclusão contida no enunciado, pois o conceito de equidade deve ser tido pela sua aceção usual, remetendo a ideia de igualdade.

3.3.5.3 Eficiência

A eficiência deverá nortear a autoridade em busca da solução que seja mais apta ao atendimento da finalidade administrativa, proporcionando melhores resultados com menores custos. Contudo, nem sempre será a alternativa menos custosa. Veja-se a lição de Machado:

Na prática, num cotejo de vários meios possíveis, o decisor será chamado a não apenas considerar a opção mais eficiente como aquela com maiores ganhos para o Erário (ou menos custosa, a depender de sua posição na relação), muito embora esteja na vantajosidade econômica a sua pedra angular. Em verdade, deverão ser consideradas tantas outras variáveis qualitativas ínsitas ao caso, devendo a opção se dar pelos meios mais rentáveis (ou meios menos custosos, a depender do caso), somente quando tais outras variáveis (se houver) se mantiverem constantes.¹⁰⁰

Ante o caráter marcadamente finalístico da norma, a solução jurídica desenhada no acordo deve ser a mais *eficiente* para eliminação da irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa.

3.3.5.4 Compatibilidade com os interesses gerais

É a demonstração de que a solução jurídica que será alcançada pela via consensual é a que melhor atende ao interesse público no caso concreto.

Como se verá no item 4 do presente trabalho, a demonstração da compatibilidade com os interesses gerais está compreendida na motivação inerente

¹⁰⁰ MACHADO, Gabriel. **Acordos administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB, Almedina Brasil, 2021. Disponível em: < <https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9786556272818>>. Acesso em 28/08/2022, p. 102.

ao processo administrativo consensual, sendo de fundamental importância para orientar o controle judicial.

5 Controle judicial do compromisso realizado com base no art. 26 da LINDB

Para fins de delimitação do objeto de estudo do presente trabalho, cumpre advertir que a análise será adstrita às balizas legais estabelecidas pelo art. 26 da LINDB, enquanto permissivo genérico para celebração de acordos pela Administração Pública.

Essa delimitação é relevante para que fique claro que, a depender do caso concreto, a autoridade administrativa estará diante de matéria que possua regulamentação própria, que, aliás, poderá ou não ser conjugada com as disposições previstas pela LINDB.

Preliminarmente, cumpre destacar que o controle judicial dos acordos poderá decorrer de ação de terceiros que se sintam prejudicados ou por processos movidos pelas instituições de controle.

Nesse sentido, leciona Palma:

Devido a potencial redução da litigiosidade na consensualidade administrativa, o controle judicial dos acordos celebrados pelo Poder Público será fundamentalmente motivado (i) por terceiros que se sintam prejudicados pela celebração do pacto ou (ii) por instituições de controle, que acionarão o Judiciário para requerer a invalidação do acordo diante de denúncias de ilegalidade na celebração do pacto, nos termos do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.¹⁰¹

A importância do tema controle na consensualidade administrativa é evidente na medida em que será fator determinante para um maior ou menor incentivo a sua adesão:

É notável a importância do controle judicial para o êxito da consensualidade administrativa: rígidos controles podem ser incentivos negativos à celebração de acordos administrativos, além de minar um dos principais atrativos da celebração de pactos pelo Poder Público, a redução da litigiosidade.¹⁰²

O controle poderá ocorrer sob duas perspectivas distintas, controle enquanto ato jurídico bilateral e controle enquanto processo administrativo consensual.

Na perspectiva de controle do ato jurídico bilateral, o enfoque recairá sobre os requisitos da decisão final, do termo de compromisso firmado. Já sob a perspectiva

¹⁰¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**, Brasília, v. 1, p. 143-187, 2014, p. 169.

¹⁰² *Ibidem*, p. 173.

do controle do processo administrativo consensual, a atenção será direcionada para o cumprimento dos requisitos formais do processo e da motivação.

5.1 Controle enquanto ato administrativo

Tomando por pressuposto que os acordos administrativos se revestem da natureza de atos jurídicos bilaterais, devem incidir, por consequência, os parâmetros de controle judicial próprios do ato administrativo.

Na clássica lição acerca dos elementos do ato administrativo, ressalvados os escritos doutrinários que divergem em alguma medida quanto a um outro elemento, este é composto por sujeito, motivo, objeto, forma e finalidade.

Palma leciona que “da teoria dos elementos do ato administrativo são extraídos dois parâmetros de controle judicial da consensualidade administrativa: o vício quanto ao sujeito e o vício quanto à forma”¹⁰³.

O vício quanto ao sujeito estará caracterizado quando o acordo for celebrado por autoridade administrativa incompetente. Logo, o compromisso será inválido por vício em relação ao sujeito.

O art. 26 da LINDB estabelece que a “autoridade administrativa” poderá celebrar o compromisso.

Como visto, compreende-se como sendo a autoridade administrativa aquela que possua poder de administração, a autoridade administrativa competente. Afinal, tendo em vista que a celebração de acordo pressupõe a negociação da prerrogativa imperativa, por certo é que a autoridade administrativa que estará habilitada a firmar o acordo deverá ser a que detenha tal prerrogativa.

Ainda relativamente ao sujeito, faz-se necessária a observância do regramento acerca da estrutura do ente ou do órgão a que vinculada a autoridade, já que pode ser atribuída competência própria a *Câmaras ou Comissões de Conciliação* para realização de acordos administrativos. Assim, em sendo este o caso, o compromisso deverá ser firmado pelos órgãos que possuam a competência própria para realização do acordo.

¹⁰³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**, Brasília, v. 1, p. 143-187, 2014, p. 176.

O segundo vício elencado por Palma, a partir da teoria dos atos administrativos, é o vício quanto à forma. Neste caso, incorrerá em vício, o compromisso celebrado que tenha deixado de observar as cláusulas obrigatórias e os requisitos formais estabelecidos no art. 26 da LINDB, assim como previstas no regramento próprio do órgão ou ente firmatário do ajuste.

Como visto no item 3 do presente trabalho, cumpre rememorar os requisitos formais obrigatórios previstos no art. 26 da LINDB que poderão ensejar o vício de forma:

- i) oitiva prévia do órgão jurídico;
- ii) motivação adequada na demonstração da presença de razões de *relevante interesse geral*;
- iii) previsão clara da obrigação das partes, o prazo para cumprimento dessas obrigações e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento; e
- iv) publicação oficial.

Além da previsão cláusulas obrigatórias, o compromisso não poderá conter nenhuma das cláusulas vedadas, previstas no art. 26, § 1º, III, da LINDB, quais sejam:

- i) renúncia de competências (desoneração permanente de dever); e
- ii) condicionamento de direito reconhecido.

Palma ainda inclui no rol dos vícios de forma o “uso inadequado do instrumento consensual, como se verifica na celebração de um acordo integrativo ao invés de um acordo substitutivo nos processos administrativos sancionadores”¹⁰⁴.

5.2 Controle enquanto processo administrativo

A par do controle do compromisso enquanto ato administrativo bilateral, há de se ter presente, também, a existência de um processo administrativo subjacente.

Palma ressalta essa correspondência entre consensualidade e processo administrativo:

O lugar da consensualidade na Administração Pública é no processo administrativo. Qualquer que seja a sua manifestação, como a seguir será analisado, esta necessariamente se apresenta no curso de um processo

¹⁰⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**, Brasília, v. 1, p. 143-187, 2014, p. 177.

administrativo, instaurado pela Administração Pública para exercício de suas competências administrativas.¹⁰⁵

O processo administrativo destaca-se por ser um “instrumento de diluição do poder, um verdadeiro instrumento democrático na Administração Pública”¹⁰⁶. Viabiliza o exercício do contraditório e da ampla defesa, proporciona maior participação do cidadão e captação de informações e permite a tomada de decisões mais racionais e consentâneas às peculiaridades do caso concreto.

O controle incidente sobre o processo deve verificar o cumprimento de todos os requisitos formais, atendimento à necessária publicidade e o cumprimento das fases procedimentais estabelecidas pela legislação sobre processo administrativo aplicável ao órgão ou ente que celebrará o acordo.

Nessa linha, Guerra e Palma reforçam:

[a] aplicação subsidiária das leis de processo administrativo à celebração do compromisso da LINDB, considerando a natureza jurídica da autoridade administrativa. No caso federal, aplicam-se em especial as garantias previstas na Lei nº 9.784/99: ter ciência da tramitação processual, ter vista dos autos, obter cópias de documentos e conhecer as decisões proferidas (art. 3º, II); direito de ser intimado para ciência de decisão ou para efetivação de diligências (art. 26 e art. 28); garantia da ampla defesa (art. 27); direito de propor atuações probatórias (art. 29); direito de juntar documento e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações durante a fase instrutória (art. 38); e direito à manifestação ao término da instrução (art. 44).¹⁰⁷

No entanto, para além das formalidades processuais, o controle que recai sobre o processo destaca-se por viabilizar a análise da *motivação* empregada para a atuação administrativa consensual.

Com o processo administrativo, o ato administrativo final passa a ser “uma decorrência lógica das fases processuais, de modo que uma decisão discrepante do processo ou que não considere os seus elementos é inválida por vício de *motivação*”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**, Brasília, v. 1, p. 143-187, 2014, p. 178.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 179.

¹⁰⁷ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77653, p.155.

¹⁰⁸ PALMA, *op. cit.*, p. 179.

Nesse contexto, a análise do Judiciário quanto ao “mérito” do acordo deverá se voltar para a motivação existente no processo administrativo. Assim, “o controle da consensualidade administrativa pelo Poder Judiciário é eminentemente um controle procedimental”¹⁰⁹.

Cita-se o elucidativo excerto de Palma:

é na motivação que o caso concreto será relacionado à decisão consensual, uma vez que será apresentada a justificativa pela qual a atuação administrativa consensual se mostra mais eficaz para a satisfação de finalidades públicas na comparação com a imperatividade.¹¹⁰

Daí a importância da motivação. Por meio da motivação a autoridade demonstrará o atendimento do interesse público no caso concreto.

No mesmo sentido, Sundfeld e Câmara:

Em cada caso, pois, a celebração de um acordo substitutivo deve ser motivada, indicando-se o benefício auferido com o compromisso e sua correspondência com o valor das sanções que poderiam ser aplicadas em razão do suposto descumprimento da legislação. Será a motivação – expressa no próprio acordo substitutivo ou nos atos e manifestações que lhe sirvam de fundamento – o instrumento de controle e de legitimação do acordo.¹¹¹

Ademais, a partir da motivação, quando esta se mostrar temerária, frágil ou simplesmente desconectada com o caso concreto, é que serão extraídos os indícios de atuação simulada, cabendo, pois, ao Judiciário esse controle. Nesse sentido:

A análise dos custos e dos benefícios relacionados à consensualidade será realizada na fase de motivação, assim como o modelo do acordo administrativo, com as correspondentes cláusulas compromissórias, será justificado considerando o caso concreto. Uma motivação demasiadamente abstrata ou superficial, desconexa, portanto, com o caso concreto, é indício de que a negociação é um mero simulacro.¹¹²

Enquanto permissivo genérico de atuação administrativa consensual, é possível concluir que a motivação adequada perpassa pela adequada demonstração

¹⁰⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**, Brasília, v. 1, p. 143-187, 2014, p. 180.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 182-183.

¹¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 34, p. 133-152, 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1578007/mod_resource/content/2/Acordos%20A0substitutivos%20nas%20san%C3%A7%C3%B5es%20regul%C3%B3rias.pdf Acesso em: 21 ago. 2022, p. 148.

¹¹² PALMA, *op. cit.*, p. 183.

no curso de processo administrativo do preenchimento dos requisitos previstos no art. 26 da LINDB.

A importância da circunscrição aos contornos normativos decorre da própria concepção adotada relativamente à indisponibilidade do interesse público, tratado no item 1, *supra*, deste trabalho (legalidade como consequência da indisponibilidade do interesse público).

Com isso, entende-se que a motivação deverá contemplar o seguinte conteúdo:

i) a adequada demonstração da *situação fática* que constitua a irregularidade, a incerteza jurídica ou a situação contenciosa na aplicação do direito público;

ii) a indicação das razões de relevante interesse geral para a celebração do compromisso, isto é, a justificação da adoção da via consensual pela Administração Pública como melhor alternativa para satisfação do interesse público naquele caso concreto; e

iii) a correlação entre os termos estabelecidos no compromisso como a solução jurídica (cuja autoridade administrativa construiu juntamente com o particular perseguindo a *proporcionalidade, a equidade, a eficiência e a compatibilidade com o interesse público*);

Preenchidos esses requisitos, inexistindo elementos que venham a caracterizar simulação, atos escusos travestidos de acordos administrativos, o controle não poderá recair quanto à opção pela adoção da via consensual, não cabendo ao Judiciário “se colocar na posição da Administração Pública para celebrar um acordo em substituição àquele firmado pelo Poder Público com o particular”.¹¹³

Visto isso, é de se concluir que “o controle sobre o “mérito” do acordo administrativo pelo Judiciário ainda se faz presente”¹¹⁴, embora deva incidir em menor intensidade.

Os fatores que justificam a suavização do controle judicial sobre a atuação administrativa consensual são a reserva de administração e a deferência judicial.

A reserva de administração funda-se na separação de poderes e tem por escopo evitar a ingerência indevida no núcleo essencial de atuação para

¹¹³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**, Brasília, v. 1, p. 143-187, 2014, p. 183.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 183.

desenvolvimento regular da função administrativa, no caso, em face da função judiciária.

Na lição de Macera, a reserva de administração, em sentido estrito, manifesta-se como os “limites ao controle judicial dos atos, processos e decisões administrativas (sobretudo pautado no espaço pelo poder discricionário e mérito administrativo)”¹¹⁵.

Já em relação à postura de deferência judicial perante a atuação administrativa consensual, Palma elenca os diversos fatores que lhe dão suporte: (i) elevada capacidade técnica para a elaboração do acordo; (ii) grande margem de discricionariedade da Administração para adotar a consensualidade e evitar o litígio; (iii) especialização das cláusulas e caráter eminentemente técnico dos acordos; (iv) maior grau de informação da Administração em comparação com o Judiciário, pois participou de todo o processo¹¹⁶.

Diante desses fatores, Palma ressalta que a lógica do controle da atuação consensual aproxima-se do denominado *deference test* firmado no caso *Chevron*. Isto é, diante de um contexto de indeterminação jurídica ou da pluralidade de interpretações jurídicas possíveis, o Judiciário deverá adotar posição de deferência perante uma interpretação razoável dada pela administração pública.

Projetando sobre o tema da consensualidade administrativa, a autora leciona acerca das duas fases do *deference test*:

Na primeira fase, o juiz verifica se a interpretação das normas que dispõem sobre o acordo administrativo dada pelo Poder Público viola alguma determinação clara de seus preceitos. Na próxima fase, então, o juiz verifica se a interpretação é razoável, ou seja, se o conteúdo do pacto é razoável tendo em vista as determinações normativas. Caso não se verifique qualquer erro grosseiro de interpretação e o objeto do pacto se mostrar razoável, então o Judiciário deverá ter uma postura de deferência à decisão consensual.¹¹⁷

Isto é, diante de um contexto de indeterminação jurídica ou da pluralidade de interpretações jurídicas possíveis, o Judiciário deverá adotar posição de deferência perante uma interpretação razoável dada pela administração pública.

¹¹⁵ MACERA, Paulo Henrique. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 1, n. 2, p. 333-376, 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p333-376>, p. 372.

¹¹⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**, Brasília, v. 1, p. 143-187, 2014, p. 180-181.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 181.

5.3 LINDB e controle judicial

Certamente, a atividade de controle deverá se alinhar, também, aos novos preceitos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB, mormente no que se refere aos artigos 20, 21 e 22, que incorporam o consequencialismo e realismo ao ordenamento jurídico brasileiro e constituem o embasamento legal a postura deferencial no controle judicial dos atos administrativos¹¹⁸.

Passa-se, então, à breve análise acerca do consequencialismo e do realismo a serem observados no controle judicial, a partir dos quais é reforçada a postura de deferência à Administração.

O consequencialismo pode ser conceituado como um tipo de argumento que fornece razões para tomada de decisão a partir da avaliação dos possíveis efeitos dessa decisão.

Para realizar os objetivos propostos pela Lei nº 13.655/2018, buscou-se impedir que a fundamentação de decisões ocorresse com fundamento principal em termos imprecisos, como, por exemplo, interesse público, razoabilidade, moralidade.

Assim, com vistas a enrobustecer a fundamentação decisória e afastar as decisões justificadas apenas em “valores jurídicos abstratos”, a novel legislação passou a exigir a consideração das consequências práticas da decisão, conforme dispõe o art. 20 da LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.¹¹⁹

Sobre a expressão “valores jurídicos abstratos” no art. 20 da LINDB, o Enunciado nº 6 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo dispõe que “não se

¹¹⁸ MAFRA, Gabriela. **Limites ao controle judicial da atividade administrativa discricionária**: os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB como parâmetros à deferência judicial no Brasil. 2021, 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 159.

¹¹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados¹²⁰.

Na mesma linha, Ávila ressalta que:

presume-se que o legislador, de forma atécnica, tenha pretendido referir-se às normas de textura aberta, especialmente aos princípios jurídicos, talvez também às cláusulas gerais e às regras portadoras de conceitos jurídicos indeterminados.¹²¹

Concorda-se com o autor, já que, do contrário, a finalidade pretendida de conferir maior segurança jurídica, restaria prejudicada.

Mafra explica que:

Advém, do artigo 20 da LINDB, mais uma regra específica de fundamentação decisória, para que se demonstre a incidência do conceito jurídico indeterminado ao caso concreto e, reste evidente a consideração do julgador das consequências práticas decorrentes de cada um dos sentidos possíveis, ponderando acerca de tais consequências à luz da proporcionalidade.¹²²

Assim sendo, o art. 20 da LINDB impõe o dever de analisar as consequências jurídicas, econômicas, sociais e comportamentais da decisão de invalidação de um compromisso ou de termos que integrem um acordo celebrado pela Administração Pública.

Na mesma linha, o art. 21 da LINDB passa a exigir a indicação das consequências jurídicas e administrativas das decisões e, ainda, a indicação das condições de regularização:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo 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.¹²³

¹²⁰ IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB**. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprovaenunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹²¹ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5. Ed., ver., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2019, p. 614.

¹²² MAFRA, Gabriela. **Limites ao controle judicial da atividade administrativa discricionária**: os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB como parâmetros à deferência judicial no Brasil. 2021, 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 133.

¹²³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

Mafra ressalta que a ausência de consideração sobre as consequências se afigura como obstáculo para a eficiência¹²⁴ e, da análise conjugada do disposto nos artigos 20 e 21 da LINDB, conclui que:

A reflexão conjunta entre os artigos 20 e 21 leva o operador jurídico a um pacto de honestidade e clareza em suas decisões. Visto que, conforme a temática da deferência judicial e as discussões sobre a razoabilidade, no direito não há uma única resposta ou um único caminho, porém, nas construções decisórias é imprescindível a honestidade da decisão com os fundamentos por ela adotados. Como forma de garantir a lisura das decisões e de permitir aos jurisdicionados e cidadãos que conheçam os motivos adotados pelo julgador para determinado posicionamento.¹²⁵

Na sequência, o art. 22 da LINDB inaugura o denominado primado da realidade, que impõe ao julgador consideração sobre as circunstâncias fáticas e jurídicas que permeiam a atuação da Administração Pública:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.¹²⁶

Mafra explica que, pelo primado da realidade, busca-se aproximar os órgãos de controle da realidade em que insere a Administração Pública:

O bloqueio da ação pública não pode ser visto como via preferencial pela esfera controladora, e esse é o primeiro passo na direção da aproximação da esfera controladora, pois o controle passa a ser direcionado ao juízo de ponderação que o administrador empreende no quadro de dificuldades nas quais estava submetido.¹²⁷

Em suma, o controle judicial sobre o processo administrativo consensual recairá sobre o preenchimento de requisitos legais atinentes ao processo e sobre a motivação empregada pela Administração Pública para adoção da solução consensual.

¹²⁴ MAFRA, Gabriela. **Limites ao controle judicial da atividade administrativa discricionária**: os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB como parâmetros à deferência judicial no Brasil. 2021, 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021, p. 139.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 144.

¹²⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹²⁷ MAFRA, *op. cit.*, p. 146.

Na análise da motivação que embasou a solução jurídica consensual, o controle judicial, por certo, deverá percorrer a análise das consequências jurídicas, econômicas e sociais que podem advir da sua invalidação – consequencialismo – e dos obstáculos e dificuldades reais do gestor – primado da realidade.

Assim, diante de solução jurídica consensual, devidamente e suficientemente motivada em consonância com o caso concreto, justificada pela autoridade como medida eficiente e compatível para o atendimento aos interesses gerais, e que se mostre razoável, por compor, junto ao particular, compromisso proporcional e equânime, impõe-se a deferência judicial.

6 CONCLUSÃO

O movimento de constitucionalização do Direito Administrativo ensejou a releitura dos institutos clássicos da doutrina nacional, notadamente sob o filtro dos princípios e valores consagrados pela Constituição Federal de 1988.

O administrado, que figurava como mero sujeito passivo da atuação administrativa unilateral e imperativa, é substituído pelo cidadão, que assume um papel central nas relações jurídicos-administrativas.

Há uma demanda maior por participação, não só na escolha dos governantes, mas também da forma como serão tomadas as decisões públicas.

Destaca-se, então, a atuação administrativa consensual, de forma mais horizontalizada, diversa do clássico modo de agir, verticalizado, fundado nas prerrogativas públicas.

Além do viés participação do cidadão, a consensualidade administrativa também se revela como técnica de gestão, como um dos meios para satisfação das finalidades públicas.

A partir do adequado entendimento acerca da correlação entre legalidade e indisponibilidade do interesse público, aquela como consequência desta, supera-se toda e qualquer argumento no sentido de que a Administração Pública estaria proibida de transacionar.

Ademais, essa conclusão é reforçada com o advento da Lei nº 13.655/2018, que acrescentou os artigos 20 a 30 à LINDB, dentre os quais destaca-se o art. 26, verdadeiro permissivo genérico para a celebração de acordos pela Administração Pública.

Inova, também, o art. 26 da LINDB ao trazer um mínimo regulamentar, o que garante maior segurança jurídica em sua aplicação, além de prevenir o núcleo desse instituto de regulamentações que pudessem desvirtuá-lo.

Com objetivos bem definidos, especificação dos requisitos e critérios que devem balizar a celebração do ajuste, o compromisso do art. 26 erige-se como instrumental de relevo para a Administração Pública atender ao interesse público, de forma mais eficiente e consentânea aos tempos atuais.

Por certo, que o êxito do instituto depende em larga medida de uma boa e acertada aplicação, uma vez que pode ser utilizado como meio para prática de atos escusos, acobertando a prática de corrupção.

É neste contexto que a motivação assume fundamental relevância. Com uma motivação robusta e conectada às particularidades do caso concreto, será possível afastar a eventual alegação de captação da autoridade administrativa, além de orientar na atividade de controle.

Ademais, a motivação será imprescindível para a justificação da adoção da via consensual, devendo atender aos critérios de proporcionalidade, equidade, eficiência e compatibilidade com os interesses gerais.

Por certo, a atividade de controle deverá se alinhar, também, aos novos preceitos introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB, mormente no que se refere aos artigos 20, 21 e 22, que incorporam o consequencialismo e realismo ao ordenamento jurídico brasileiro e constituem o embasamento legal a postura deferencial no controle judicial dos atos administrativos

Pelo consequencialismo, decorre o dever ao controlador de analisar as consequências jurídicas, econômicas, sociais e comportamentais da decisão de invalidação de um compromisso ou de termos que integrem um acordo celebrado pela Administração Pública.

Pelo realismo, o dever de levar em consideração os obstáculos e dificuldades reais do gestor que permeiam a atuação da Administração Pública.

Some-se a isso os argumentos de reserva de administração e de deferência judicial.

A reserva de administração funda-se na separação de poderes e tem por escopo evitar a ingerência indevida no núcleo essencial de atuação para desenvolvimento regular da função administrativa.

Além disso, diversos fatores sustentam a deferência judicial, dentre os quais: (i) a grande margem de discricionariedade da Administração; (ii) o elevado grau de especialização e capacidade técnica empregado nos acordos; e (iii) o maior grau de informação da Administração em relação ao Judiciário.

Isto é, diante de um contexto de indeterminação jurídica ou da pluralidade de interpretações jurídicas possíveis, o Judiciário deverá adotar posição de deferência perante uma interpretação razoável dada pela administração pública.

Assim, é de se concluir que, preenchidos os requisitos formais legais e com motivação adequada e suficiente, o controle judicial não poderá adentrar no mérito da opção pela adoção da via consensual, não cabendo ao Judiciário substituir a Administração Pública na realização dos acordos diretos.

Estima-se que a postura de deferência e um controle adequado, que coíba as irregularidades, mas que não seja excessivo, serão fatores fundamentais para determinar se a atuação administrativa consensual continuará ganhando espaço nos mais variados campos de atuação da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. RERE. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007. Salvador. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 ago. 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5. Ed., ver., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, 25 de abril de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL, **Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm Acesso em: 20 ago. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, J. Prerrogativas e sujeições da administração pública. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 66, p. 175-199, 1971. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66626>. Acesso em: 21 ago. 2022.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**, 7ª ed., Malheiros Editores, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DOS SANTOS, Welder Queiroz; MAIA, Grhegory Paiva Pires Moreira. Segurança jurídica, transformações no direito administrativo e deveres da administração pública implementados pela Lei nº 13.655/2018. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 3, p. 93-120, 2021. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v280.2021.85149>.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, 2018. DOI: [10.12660/rda.v0.2018.77653](https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653).

IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. **Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB**. 2019. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprovaenunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MACERA, Paulo Henrique. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 1, n. 2, p. 333-376, 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p333-376>.

MACHADO, Gabriel. **Acordos administrativos**: Uma leitura a partir do art. 26 da LINDB, Almedina Brasil, 2021. Disponível em: <<https://bookshelf.vitalsource.com/#/books/9786556272818>>. Acesso em 28/08/2022

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, 2010. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8051>.

MAFFINI, Rafael; CIRNE, Rodrigo de Jesus. Arbitragem e administração pública: uma análise da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a administração pública à luz da disponibilidade dos direitos. **Revista da EDSDM. Porto Alegre, 2018. Vol. 4, n. 8 (2018), p. 91.**

MAFFINI, Rafael. LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos. **Revista da CGU**, Brasília, v. 13, n. 23, p. 55-70, 2021. DOI: <https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v13i23.369>.

MAFFINI, Rafael. **Comentários ao art. 24 da LINDB**. In: DUQUE, Marcelo Schenck; RAMOS, Rafael (Coord.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: Juspodium, 2019.

MAFRA, Gabriela. **Limites ao controle judicial da atividade administrativa discricionária**: os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB como parâmetros à deferência judicial no Brasil. 2021, 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

MARQUES, Marcelo Henrique Pereira. Administração pública democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 199-235, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66661>.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo do Regime Jurídico-Administrativo e seu Valor Metodológico. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 89. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho/agosto/setembro de 1967.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 ago. 2022.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. NOVAS TENDÊNCIAS DA DEMOCRACIA: CONSENSO E DIREITO PÚBLICO NA VIRADA DO SÉCULO– O CASO BRASILEIRO. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**, Brasília, v. 1, p. 143-187, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 34, p. 133-152, 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1578007/mod_resource/content/2/Acordos%20substitutivos%20nas%20san%3A7%3B5es%20regul%3B3rias.pdf Acesso em: 21 ago. 2022.