

A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO TÉCNICA JURIDICAMENTE ADEQUADA DE GESTÃO EFICIENTE DE INTERESSES SOCIAIS.

Gustavo Binenbojm¹

A celebração de acordos pela Administração Pública envolve o debate sobre alguns dogmas do direito administrativo. O direito administrativo brasileiro foi construído a partir de uma matriz eminentemente francesa, caracterizada por um regime jurídico pautado na supremacia do interesse público, na relação vertical entre Administração Pública e o particular, e na atuação do Estado por meio de atos administrativos unilaterais, imperativos e autoexecutórios. Essa concepção autoritária do direito público se refletiu diretamente na ideia de que os interesses que envolvem a Administração seriam indisponíveis. Segundo essa visão tradicional, o interesse público, que deveria prevalecer aprioristicamente sobre os interesses particulares, seria indisponível, sendo vedado, a quem quer que fosse, dele dispor ou sobre ele transigir. Assim, consolidou-se entre nós a ideia da *intransacionabilidade* processual e material dos interesses da Administração Pública.

Ocorre que tais construções se baseiam em uma compreensão particular da chamada supremacia do interesse público sobre os interesses privados. Consoante a literatura mais atualizada², há três razões fundamentais que evidenciam a incompatibilidade dessa noção tradicional com o constitucionalismo democrático, a saber: (i) a proteção de posições jurídicas individuais irredutíveis, identificadas, de modo geral, com o conteúdo essencial dos direitos

¹ Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

² Cfr. ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’”. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998; SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 82-84; SARMENTO, Daniel. “Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 131-168; MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 195-194; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 2005, p. 45/46; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Novos Paradigmas do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 124-144; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação”. In: Carlos Ari Sundfeld; Guilherme Jardim Jurksaitis (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 2015, p. 353-415.

fundamentais; (ii) a primazia *prima facie* dos direitos fundamentais individuais sobre metas ou aspirações coletivas, ainda quando admitida a ponderação proporcional pela sistemática constitucional; e (iii) a polivalência da ideia de interesse público, que pode abarcar, em seu conteúdo semântico, tanto a preservação de direitos individuais, como a persecução de objetivos transindividuais.

Sob essa ótica, não faz sentido invocar-se a indisponibilidade ou a supremacia do interesse público de modo abstrato, pois, em diversos casos, o respeito a direitos individuais previstos na lei será a maneira legítima de satisfação do próprio interesse público em um Estado de Direito³. Em muitos outros casos, o melhor interesse público será representado pela resultante de uma *solução concertada*, isto é, um acordo bilateral ou multilateral que atenderá, de maneira otimizada, tanto os interesses específicos da Administração (como *presentante* da sociedade) como os interesses individuais legítimos, também protegidos pelo ordenamento jurídico. Este ponto intermédio de interseção de interesses, devidamente justificado, constitui o cerne das soluções consensuais que melhor atendem ao interesse de toda a sociedade do que as soluções adversariais ou contenciosas.

Atualmente, fala-se na promoção da *consensualidade* como mecanismo de gestão da coisa pública.⁴ Em muitos casos, na busca da promoção do melhor interesse público, a Administração deve despir-se de sua potestade para buscar consensos; deve reconhecer que a lógica da autoridade nem sempre é o meio mais eficiente de apuração do interesse público.⁵ Não se trata de renunciar à potestade estatal, mas de verificar os casos ou situações genéricas em que a negociação e o acordo podem responder melhor a objetivos de interesse público pretendidos pelo próprio ordenamento jurídico.

Ressalte-se que a atuação consensual não representa, *per se*, uma subversão do interesse público, tampouco ao dogma da indisponibilidade do interesse público. Muito ao contrário: a consensualidade pode consubstanciar meio apto a atingi-lo. Até mesmo porque coexiste, ao lado do interesse público em conflito, o interesse público – não menos importante

³ Não há, em termos apriorísticos, nem *supremacia geral* em favor do Estado, nem *sujeição geral* em desfavor dos particulares, mas um plexo dúctil de *conformações possíveis* entre posições individuais e coletivas, que fazem das prerrogativas públicas um variado *instrumental* a serviço da realização *coordenada* das finalidades públicas (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 65).

⁴ V. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210/211. Na mesma linha, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. In: Revista de Direito Administrativo nº 231. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129/156.

⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1999, vol. I, p. 662.

– de compô-lo.⁶ Nesse contexto, a atividade consensual da Administração não só é conveniente, como também é necessária e juridicamente embasada.

Razões não faltam para amparar tal conclusão. Em primeiro lugar, o interesse público pode ser realizado com maior *eficiência* em um contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação de interesses privados.⁷ Isso porque a atuação consensual, diferentemente daquela baseada na legalidade estrita, tem maiores chances de ser efetivada na prática, com menores custos para ambas as partes, além de gerar menores riscos de externalidades (“efeitos colaterais”) negativas.⁸ A rigor, o *consenso* é cada vez mais um instrumento salutar e *necessário* para a promoção de finalidades públicas.

Em segundo lugar, a adoção de métodos consensuais permite a melhor alocação de tempo e recursos do Poder Judiciário, com a diminuição do número de demandas que envolvam a Fazenda Pública. É preciso reconhecer que o número de processos é elevado porque, na média, os governos não costumam adotar as medidas que poderiam evitá-los ou, ao menos, minorá-los. A procura pelo Judiciário, muitas vezes, decorre de demandas geradas pela própria Administração. O resultado é a pleora de processos que massifica o trabalho dos operadores do direito, emperra o funcionamento da máquina pública e difere a realização da justiça para um futuro distante e incerto. A consensualidade, nesse ponto, mostra que é possível enfrentar o problema da litigiosidade de massa envolvendo o Estado com meios alternativos à judicialização, sem relegar aqueles que têm pretensões legítimas contra a Fazenda Pública a segundo plano. *Desjudicializar* pode se tornar, em muitos casos e sem nenhum paradoxo, a forma mais eficaz de fazer justiça, objetivo que se revela plenamente compatível com o interesse público.

Em terceiro lugar, o consenso reveste de maior *legitimidade* a atuação do Poder Público, funcionando como um grande meio de aperfeiçoamento ético nas relações entre os particulares e o Estado.⁹ Num Estado democrático, deve-se abrir aos interessados a possibilidade de influir na formação das decisões administrativas que afetem seus interesses, com a garantia de que seus pontos de vista serão considerados. Tal abertura contribui para a democratização da Administração, fortalecendo, ainda, a *segurança jurídica*, porquanto estabiliza as relações administrativas e desperta o desejo de colaboração e participação do

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 346.

⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 266.

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos*. Revista Forense, vol. 389, p. 4-5, 2007.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 349.

indivíduo na gestão pública. Mais que unilateralmente decididos, os conflitos são verdadeiramente superados e pacificados.

Por fim, o reconhecimento explícito da atividade consensual pela Administração contribui para a *transparência* no desempenho das funções estatais. Rejeitando a noção idealizada e pretensamente asséptica de interesse público¹⁰, o consenso, ao se institucionalizar, permite que os interesses privados associados à Administração Pública sejam devidamente identificados em um acordo formal, evitando-se negociações de bastidores disfarçadas de interesses da coletividade.¹¹

Em suma, a lógica consensual de administrar parece apta a promover finalidades públicas de maneira mais legítima, estável, eficiente e transparente, em determinadas circunstâncias e consoante critérios previamente estabelecidos. Por óbvio, não se está a considerar a consensualidade uma *panaceia*, a solução de todos os problemas. Dela não se esperam milagres, mas o desenvolvimento da confiança e do diálogo no agir administrativo.¹² O que não é correto, contudo, é negar suas potencialidades, as quais se coadunam com os valores democráticos e republicanos do Estado contemporâneo.

Não por menos, o reconhecimento quanto à possibilidade de atuação consensual da Administração Pública cada vez ganha mais espaço. Remete-se, de início, ao histórico caso no qual o Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 2002, declarou a constitucionalidade de transações realizadas pelo Poder Público. Na oportunidade, ressaltou-se que o dogma do princípio da indisponibilidade do interesse público deveria ser atenuado nos casos em que a solução consensual adotada pela Administração Pública é compatível com os interesses da coletividade. Confira-se o excerto, de lavra da Relatora, Min. Ellen Gracie:

“Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, **há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimateção deste interesse.** Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE 253885, Rel. Min. Ellen Gracie, 1ª T., j. em 04/06/2002, DJ 21/06/2002. Grifos nossos).

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 348.

Orientação similar foi adotada pelo Tribunal de Contas da União no ano de 2017. Ao analisar um termo de ajustamento de conduta celebrado pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL com empresa do setor regulado, a Corte de Contas lavrou o Acórdão nº 2.121/2017, por meio do qual entendeu que a atuação consensual da autarquia especial era legítima, pressupondo que o TAC seria um pacto de livre vontade inspirado por estímulos e incentivos, resultante de uma dupla análise de custo-benefício (isto é, por ambas as partes, pública e privada).¹³ Nesse contexto, entendeu-se que a possibilidade de conversão de multas aplicadas no bojo de processos administrativos sancionadores em obrigações de fazer (realização de investimentos) configuraria uma conjugação dos princípios do interesse público e da eficiência.¹⁴

De mais a mais, a revisão teórica que reconheceu a juridicidade da adoção de mecanismos consensuais pelo Estado também se refletiu na produção de sucessivas regras legislativas que mudaram a sistemática do ordenamento em favor deste tipo de atuação.

De fato, por muito tempo, o legislador era tímido na estipulação de hipóteses de celebração de acordo pela Administração Pública. Como relatado por Juliana Palma,¹⁵ antes da Constituição Federal de 1988, poucas foram as legislações que previam expressamente essa possibilidade: no âmbito das desapropriações, o Decreto-Lei nº 3.365/1941 previa a figura da desapropriação amigável (art. 10 do DL) e da transação judicial (art. 22 do DL). Além disso, contava-se com a possibilidade de assinatura de termo de compromisso para infrações ambientais, com redução de até 90% da multa aplicada pela autoridade responsável (cf. Decreto nº 94.764/1987). Após a promulgação de nossa vigente Carta Magna, destacou-se, na experiência nacional, o instituto do *termo de ajustamento de conduta* (TAC) como espécie de acordo celebrado por autoridades públicas, expressamente previsto na Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, §6º da Lei nº 7.347/1985, incluído pela Lei nº 8.078/1990).

Desde então, a evolução sobre o tema é digna de nota. A *consensualidade* na esfera processual se tornou uma das diretrizes mais importantes do Código de Processo Civil de 2015, com a adoção preferencial de soluções consensuais de conflitos, que deverão ser promovidas pelo Estado sempre que possível (art. 3º, §§2º e 3º do CPC/15).¹⁶ A legislação também admite

¹³ TCU, Acórdão nº 2.121/2017, Re. Min. Bruno Dantas, Plenário, j. em 27/09/2017.

¹⁴ TCU, Acórdão nº 2.121/2017, Re. Min. Bruno Dantas, Plenário, j. em 27/09/2017. Sobre o referido acórdão, v., também, GUERRA, Sérgio. “Acordos Regulatórios – Caso ‘TAC ANATEL’: Acórdão nº 2.121/2017 – TCU”. In: MARUQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. *Dinâmica da regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 87/101.

¹⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁶ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 2º O Estado promoverá,

a utilização de arbitragem na Administração Pública – reconhecendo a existência de direitos patrimoniais disponíveis na seara pública (art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996, incluído pela Lei nº 13.129/2015) – e a adoção da mediação como método de resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública, tanto por força do art. 174 da Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015)¹⁷, como também pelos arts. 32 e seguintes da Lei nº 13.140/2015. Além disso, diversas leis específicas e setoriais reiteram a possibilidade de autocomposição pela Administração Pública e a celebração de acordos no âmbito administrativo e judicial.¹⁸

A lógica do consenso permeou até mesmo o âmbito das ações penais e das ações de improbidade, em que o legislador reconheceu a possibilidade de celebração de acordos pelas entidades de controle, tal como o Ministério Público, por meio de acordos de não persecução civil (cf. art. 17, §1º da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019) ou penal (cf. art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689/1941 – Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019), acordos de leniência (cf. arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção) e acordos de colaboração premiada, com a hipótese expressa de se transacionar inclusive sobre o futuro ajuizamento da ação penal, com a possibilidade de arquivamento do inquérito (cf. art. 4º, §4º da Lei nº 12.850/2013 – Lei de Organizações Criminosas), superando dogmas existentes no direito brasileiro, como o da indisponibilidade da ação penal.

Ainda nessa toada, destacam-se as novas regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.657/42, na redação introduzida pela Lei nº

sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

¹⁷ “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

¹⁸ Alguns exemplos podem ser destacados. O Código Tributário Nacional expressamente prevê a transação como hipótese de extinção do crédito tributário, facultando à legislação a delimitação das condições e os sujeitos ativo e passivo para celebrar transação mediante concessões mútuas (arts. 156, III e 171 da Lei nº 5.172/1996. No âmbito das agências reguladoras, há previsões que estimulam a solução extrajudicial de controvérsias contratuais ou no âmbito de processos administrativos, tal como se extrai da Lei Geral de Telecomunicações (art. 93, XV da Lei 9.472/1997), da Lei de Petróleo e Gás (art. 20 da Lei nº 9.478/1997), da Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres (art. 35, XVI da Lei nº 10.233/2001), da Lei do Setor Elétrico (art. 4º, §8º da Lei nº 10.438/2002), a Lei de Transporte de Gás Natural (art. 21, XI da Lei nº 11.909/2009); e da Lei Geral dos Portos (arts. 37 e 62 da Lei nº 12.815/2013). Por derradeiro, outros exemplos são extraídos das leis que disciplinam o regime jurídico de licitações e contratos, tal como a Lei Geral de Concessões (art. 23-A da Lei nº 8.987/1995), da Lei de Parcerias Público-Privadas (art. 11, III da Lei nº 11.079/2004), do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (arts. 26 e 44-A da Lei nº 12.462/2011; e arts. 43, 59 e 105 do Decreto nº 7.581/2011), da Lei das Estatais (arts. 12, parágrafo único e 81 da Lei nº 13.303/2016) e no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (arts. 15 e 31 da Lei 13.448/2017).

13.655/2018). Inspirada, dentre outros fatores, na dificuldade de o Poder Público obter o cumprimento voluntário e rápido da obrigação por terceiros, a legislação em questão reconheceu um amplo espaço de atuação estatal baseada na consensualidade, sobretudo a partir da redação de seu art. 26, que possibilitou a celebração de compromissos para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do direito público.¹⁹ A propósito, o art. 26 da LINDB, aliado à premissa dialógica do CPC, é considerado pela doutrina²⁰ como uma cláusula geral de negociação no âmbito da Administração Pública, a revelar um permissivo legal genérico para celebração de acordos pelo Estado, inclusive no campo das sanções, sendo desnecessária a previsão de tipos específicos de acordos na legislação para que a Administração Pública possa agir consensualmente como alternativa à atuação repressiva e unilateral (princípio da *atipicidade dos acordos administrativos*).²¹

Por tudo isso, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro passou por um processo de verdadeira *mutação* da dogmática administrativa, em que a celebração de acordos, antes vista como excepcional e dependente de autorizações legislativas específicas, passa a ser encarada como **verdadeira regra geral de permissibilidade para a atuação consensual da Administração Pública**. Trata-se de uma solução pragmática voltada à obtenção dos melhores resultados práticos possíveis, ao mesmo tempo que em coloca o Estado em uma posição mais dialógica e democrática na consecução de suas finalidades institucionais.

¹⁹ “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.”

²⁰ 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, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 146/154, nov. 2018.

²¹ Novamente, nas palavras de Juliana Palma, “(...) o modelo de previsão normativa por permissivo genérico é marcado pela presença de um permissivo autorizativo genérico à Administração Pública para que celebre acordos administrativos, sem prejuízo de normas especiais que disponham mais especificamente sobre a dinâmica da atuação consensual. Como consequência, a Administração Pública como um todo estaria, a priori, legitimada a celebrar acordos administrativos independentemente da previsão, ou não, em norma específica” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 235). Ainda segundo a autora, o caráter negocial dos acordos “enseja a feição negativa da legalidade e, mesmo, a atipicidade dos termos dos acordos administrativos (vinculação negativa e atipicidade versus vinculação positiva e tipicidade)” (*Idem*, pp. 267/268). No âmbito processual, por sua vez, a *atipicidade* também é existente no bojo de negócios jurídicos processuais, conforme defendido por Fredie Didier Jr. a partir da leitura do art. 190 do CPC (DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. “A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa”. In: *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 17, nº 67, jan/mar, 2017, p. 108).