



A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada para a gestão eficiente de interesses sociais



Gustavo Binenbojm

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA), procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado-membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

PRESSUPOSTOS TEÓRICOS: A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E A SUPERAÇÃO DO DOGMA DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

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 francesa, caracterizada por um regime jurídico pautado na supremacia do interesse público, na relação vertical entre Administração Pública e particulares, e na atuação do Estado por meio de atos administrativos unilaterais, imperativos e autoexecutórios. Essa compreensão autoritária do direito público se refletiu na ideia de que os interesses a cargo da Administração seriam indisponíveis. Nessa visão dicotômica tradicional, o interesse público deveria sempre prevalecer sobre os interesses individuais e particulares, como uma noção apriorística. Corolário lógico dessa



ideia seria a indisponibilidade do interesse público: era 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 concepção particular da chamada supremacia do interesse público sobre os interesses privados. Consoante a literatura mais atualizada¹, há três razões fundamentais que evidenciam a incompatibilidade dessa noção tradicional com o constitucionalismo democrático. São elas:

- i. a proteção de posições jurídicas individuais irredutíveis, identificadas, de modo geral, com o conteúdo essencial dos direitos 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 Direito². Em outros casos, o melhor interesse público será alcançado pela resultante de uma **solução concertada**, ou seja, um acordo bilateral ou multilateral que atenderá, de maneira otimizada, tanto aos interesses específicos da Administração (como **presentante** da sociedade) como aos interesses individuais legítimos, também protegidos pelo ordenamento jurídico. Esse ponto

1 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 24. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 159-180; 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**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 131-168; MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. 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**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 124- 144; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 353-415.

2 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. Ver: BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 65.



mediano de interseção de interesses, devidamente justificado, constitui o cerne das soluções consensuais que melhor atendem ao interesse de toda a sociedade. A ideia de que apenas as soluções unilaterais impostas pelo Estado-juiz ou pelo Estado-controlador, após um longo contencioso, representam o “verdadeiro interesse público”, “duela” com a realidade.

Atualmente, fala-se na promoção da **consensualidade** como mecanismo de gestão da coisa pública³. 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 (Enterría, 1999, p. 662). Não se trata de renunciar à potestade estatal em tese, 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 da ideia de interesse público, tampouco de sua indisponibilidade em sentido mais amplo. Muito ao contrário: a consensualidade pode consubstanciar o meio mais eficiente para a concretização do interesse público juridicamente qualificado. Até mesmo porque coexiste, ao lado do interesse estatal em conflito com interesses particulares, o interesse público – não menos importante – de compô-los (Moreira Neto, 2006, p. 346). Nesse contexto, a atividade consensual da Administração não só é conveniente, como também necessária e juridicamente fundada.

Razões não faltam para amparar essa conclusão. Em primeiro lugar, o interesse público é um estado de coisas apto a ser alcançado com maior **eficiência** num contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação de interesses privados (Baptista, 2003, p. 266). 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 (Aragão, 2007, p. 4-5). 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 “pletora” 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 contexto, 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

3 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210-211. Na mesma linha, 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.



a segundo plano. **Desjudicializar** pode se tornar, em muitos casos, a forma mais eficiente e efetiva de fazer justiça, objetivo plenamente compatível com o interesse público.

Em terceiro lugar, o consenso reveste de maior **legitimidade** a atuação do Poder Público, funcionando como um meio de aperfeiçoamento ético nas relações entre os particulares e o Estado (Moreira Neto, 2006, p. 349). Num Estado democrático, deve-se conferir 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 sinceramente considerados. Essa 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 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 abstrata de interesse público (Binenbojm, 2006), o consenso, ao se institucionalizar, permite que os interesses privados deduzidos perante a Administração Pública sejam devidamente identificados em um acordo formal, que represente a **solução ponderada** de uma controvérsia real em torno do direito aplicável ao caso (Baptista, 2003, p. 267). Em suma, a lógica consensual de administrar tenta promover finalidades públicas de maneira mais legítima, estável, eficiente e transparente, em determinadas circunstâncias e consoante critérios previamente estabelecidos. Obviamente, 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 (Moreira Neto, 2006, p. 348). 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, a possibilidade de atuação consensual da Administração Pública ganha cada vez mais reconhecimento. 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 se mostrasse compatível com outros interesses da coletividade. Dito de outra forma, o acordo deve ser justificado como a melhor maneira de satisfazer ao próprio interesse público. Confira-se a ementa do acórdão, da lavra da Ministra 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 ultimização 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 (Brasil, 2002, grifos próprios).



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 Termo de Ajustamento de Conduta (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) (Brasil, 2017). 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 eficiência⁴.

Ademais, 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 desse tipo de atuação. De fato, por muito tempo, o legislador foi tímido na estipulação de hipóteses de celebração de acordo pela Administração Pública. Como relatado por Palma (2015), antes da Constituição Federal de 1988, poucas foram as legislações que previam expressamente essa possibilidade: no âmbito das desapropriações, o Decreto-Lei (DL) 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 do 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/2015)⁵. A legislação também admite 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

4 Sobre o Acórdão nº 2.121/2017, ver: GUERRA, Sérgio. Acordos Regulatórios – Caso “TAC ANATEL”: Acórdão nº 2.121/2017 – TCU. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **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.

5 “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 2º O Estado promoverá, 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 juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.



(CPC/2015)⁶, 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 judicial⁷.

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 até 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 4.657/1942, na redação introduzida pela Lei nº 13.655/2018). Inspirada, entre 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

6 “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”.

7 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), da 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), a Lei de Parcerias Público-Privadas (art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004), o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (arts. 26 e 44-A da Lei nº 12.462/2011 e os 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 nº 13.448/2017).



direito público⁸. A propósito, o art. 26 da Lindb, aliado à premissa dialógica do CPC, é considerado pela doutrina (Guerra; Palma, 2018, p. 146-154) como uma cláusula geral de negociação no âmbito da Administração Pública, a revelar um permissivo legal genérico para celebração de acordos pelo Estado, mesmo 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**)⁹. Ao mesmo tempo, a existência de um permissivo legal genérico também dispensa a exigência de autorizações legais específicas para a celebração de acordos pela Administração Pública, desde que devidamente fundamentados do ponto de vista jurídico e justificados do ponto de vista da sua vantajosidade econômica e social.

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.

RECOMENDAÇÕES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO MODELO DE CONSENSUALIDADE ESTATAL NAS VIAS JUDICIAL E ADMINISTRATIVA

Cumprir tecer algumas recomendações finais com o fito de orientar políticas públicas que envolvam a celebração de acordos nas vias judicial e administrativa. É que, como se sabe, a atuação

8 “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”.

9 Novamente, nas palavras de Palma (2015, p. 235) “[...] 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”. 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)” (Palma, 2015, p. 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.; Bonfim, 2017, p. 108).



consensual envolve um **relativo espaço de discricionariedade**¹⁰ que deve ser mantido sob as balizas da juridicidade. Daí porque, mesmo sendo despicienda uma disciplina na via legal sobre o tema, tal circunstância não exime a Administração Pública estadual da responsabilidade de criar os desenhos procedimentais e institucionais adequados para lidar com o assunto.

Em primeiro lugar, registre-se que o acordo não é, evidentemente, um ato de liberalidade do Estado em favor de infratores, inadimplentes ou de particulares que venham a, legitimamente, pleitear direitos em face da Administração Pública. Trata-se, como se viu, de uma solução pragmática voltada à obtenção dos melhores resultados práticos possíveis, sempre pautada pelas balizas da juridicidade.

Como já se ressaltou, a noção de discricionariedade como um espaço de livre decisão do administrador passa a ser encarada como um espaço **carecedor de legitimação**: um campo não de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei. A emergência da noção de **juridicidade administrativa**, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas – isso sim – em **diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade**¹¹.

Evidentemente, a opção pela celebração do acordo em detrimento das vias processuais ou administrativas ordinárias deve ser devidamente motivada, com a demonstração cabal de suas vantagens comparativas. Por isso, a implementação de um modelo de resolução alternativa de controvérsias com a Administração Pública será legitimada caso sejam adotados mecanismos necessários para atender a outras regras e princípios que regem a atividade administrativa.

A recomendação central envolve os **procedimentos administrativos** destinados a motivar a conveniência do acordo e a vantajosidade do seu conteúdo em relação à eventual decisão judicial, em caso de ajuste firmado perante o Poder Judiciário; ou em relação à eventual decisão proferida de forma unilateral, em caso de acordo na via administrativa. Nesse sentido, aponte-se que o Tribunal de Contas da União impôs à Anatel, no já mencionado Acórdão nº 2.121/2017, que os termos de ajuste de conduta realizados pela agência fossem precedidos “de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, bem como da análise de custo-benefício do instrumento” (Brasil, 2017).

Assim, é necessário delimitar quais vantagens esperadas na celebração de acordos (e.g., redução do tempo e dos custos da Administração Pública; redução da judicialização em temas cuja

10 “[...] 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 mecanismo de indiscutível utilidade na 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 imperatividade. Em suma, ao lado da atuação administrativa típica coloca-se a atuação administrativa consensual” (Palma, 2015, p. 27).

11 Sobre o tema, ver: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.



jurisprudência é pacificada; cessação de condutas desfavoráveis à coletividade; melhor gestão dos recursos públicos.) para que se possa avaliar a futura conveniência quanto à celebração ou não de um acordo no caso concreto. Além disso, é essencial que a Administração Pública se preocupe com o tratamento impessoal dos administrados, garantindo que os procedimentos de avaliação da conveniência e vantajosidade dos acordos permitam um tratamento isonômico daqueles que se encontrem em posições similares de negociação com o Estado. Em suma: é essencial que sejam definidas balizas que confirmem segurança jurídica àqueles que participarão de um processo de negociação, para que saibam os pressupostos exatos para a aceitabilidade de determinadas ofertas e o efetivo espaço negocial que lhes é disponibilizado.

Como meio de reduzir os custos de transação e a assimetria de informação dos agentes públicos, é desejável que sejam elaborados estudos prévios e confiáveis para a verificação empírica da eficiência dos acordos celebrados em diferentes matérias nos litígios enfrentados pela Administração Pública estadual. Nesse ponto, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) pode ser um instrumento relevante. Trata-se de um processo sistemático de análise baseado em evidências e que busca avaliar os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de uma decisão pública¹².

Sugere-se, ainda, que haja um aprimoramento da organização administrativa voltada à divisão das competências funcionais e meios de coordenação institucional para a celebração de acordos judiciais e administrativos. Tal medida pode até envolver a submissão mandatória de toda a Administração Pública a câmaras especializadas para a celebração de acordos administrativos ou judiciais, garantindo o exercício da capacidade institucional da Advocacia Pública para liderar a Administração na adoção de mecanismos consensuais de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 103, v. 389, p. 293-309, jan./fev. 2007.

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

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário nº 253885/MG**. 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 [...]. Relatora: Min. Ellen Gracie, 04 de junho de 2002.

12 Definição conforme as Diretrizes Gerais para AIR elaborada pela Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República.



BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.121/2017**. Representação acerca de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Relator: Min. Bruno Dantas, 27 de setembro de 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília: Presidência da República, [2023].

BRASIL. **Decreto nº 94.764, de 11 de agosto de 1987**. Altera o Decreto nº 88.351, de 1º de junho de 1983, que regulamenta a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, que dispõem, respectivamente, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental, e dá outras providências (revogado pelo Decreto nº 99.274, de 1990). Brasília: Presidência da República, 1987.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2015].

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021].

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, [2021].

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral [...]. Brasília: Presidência da República, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2023].

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, [2016].

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021].



BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, [2019].

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, [2022].

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2015].

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2019].

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, [2018].

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. A&C – **Revista de Direito Administrativo e Constitucional.** Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de Derecho Administrativo.** Madrid: Civitas, 1999. 1 v.

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. 135-169, nov. 2018.

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

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