MÔNICA BANDEIRA DE MELLO LEFÈVRE

A VINCULATIVIDADE E O CONTROLE DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2018

MÔNICA BANDEIRA DE MELLO LEFÈVRE

A VINCULATIVIDADE E O CONTROLE DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2018

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello.

A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa/ Mônica Bandeira de Mello Lefèvre; orientador Professor Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida – São Paulo, 2018.

265 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

Versão original

1. Administração Pública. 2. Consensualidade 3. Acordos substitutivos. 4. Vinculatividade. 5. Controle. I. Lefèvre, Mônica Bandeira de Mello, orientador Prof. Titular Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida. II. A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa.

MÔNICA BANDEIRA DE MELLO LEFÈVRE

A VINCULATIVIDADE E O CONTROLE DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

Aprovada em: ___/___/___

Banca Examinadora:

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Aos meus pais e ao Renato, pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho representa o encerramento de uma importante etapa da minha trajetória acadêmica, refletindo uma ínfima parcela do aprendizado adquirido e maturado ao longo do mestrado.

Primeiramente, devo um agradecimento especial ao professor Fernando Dias Menezes de Almeida, de quem tive a honra de ser orientanda. Os brilhantes ensinamentos em sala de aula, o comprometimento com a profundidade científica e a permanente disponibilidade para com os seus alunos e orientandos reforçaram ainda mais a minha (já antiga) admiração. Agradeço imensamente pela acolhida, pelas valiosas contribuições e, por fim, pela oportunidade de vivenciar o Largo São Francisco.

Por todas as considerações na banca de qualificação, agradeço aos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Marcos Augusto Perez, cujas relevantes colaborações auxiliaram significativamente na estruturação e no desenvolvimento da pesquisa.

A conclusão da dissertação não teria sido possível sem o auxílio de meus colegas de escritório, em especial Felipe Scripes Wladeck, Guilherme F. Dias Reisdorfer, Isabella Moreira de Andrade Vosgerau, Daniel Siqueira Borda e Marina Kukiela, que assumiram diversas das minhas atribuições em meus períodos de estudo. Obrigada pela amizade, compreensão e tolerância nos momentos de ausência. Agradeço também ao Rafael Wallbach Schwind, por todo o incentivo e pela disposição em colaborar com a revisão final do trabalho. Não posso deixar de destacar o apoio constante de toda a equipe que integra a Justen, Pereira Oliveira e Talamini – Sociedade de Advogados, agradecendo sempre aos professores Eduardo Talamini e Marçal Justen Filho, que tenho como fontes de inspiração.

À Mayara Gasparoto Tonin, companheira de jornada, obrigada pelo compartilhamento de experiências, pelas lições de vida, pela positividade sem fim e por sempre estar disposta a me tranquilizar e a combater as minhas ansiedades e preocupações. Você foi essencial para tornar essa experiência mais leve e divertida.

Registro, ainda, a minha eterna gratidão aos meus pais, Marcos e Eunice, pelo apoio e incentivo incondicionais. A eles devo quem eu sou e tudo o que conquistei.

Por último, o meu mais especial agradecimento é dedicado ao Renato, que desperta o que há de melhor em mim e toma como suas as minhas prioridades, sem jamais hesitar em me dar o suporte e o carinho sem os quais nada seria possível. Muito obrigada por ser sempre o meu porto seguro!

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **A vinculatividade e o controle dos acordos substitutivos da decisão administrativa**. 265 p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2018.

RESUMO

Os acordos substitutivos, que compõem o objeto central da presente dissertação, apresentam-se como relevantes instrumentos de operacionalização da consensualidade no âmbito da atuação administrativa. Por meio destes, a Administração opta por transacionar com o particular para atingir o resultado pretendido, substituindo a decisão unilateral e imperativa que lhe cabe por um acordo de vontades, que consolida o conjunto de direitos e obrigações considerado satisfatório por ambas as partes diante do caso concreto. O trabalho objetiva dar um passo adiante na reflexão acerca dos limites à modificação e revisão dos compromissos consensualmente firmados entre os sujeitos público e privado, inclusive com vistas a identificar possíveis parâmetros de estabilidade e previsibilidade a serem observados. Diante dessa perspectiva, pretende-se delinear as premissas da análise a ser desenvolvida e os novos paradigmas que permeiam o agir administrativo, a fim de expor o cenário da consensualidade em âmbito pátrio. Em seguida, a pesquisa busca examinar a natureza jurídica de tais ajustes, bem como a sua relação com a legalidade - tanto sob a ótica da (des)necessidade de autorização legal específica para a sua celebração, como à luz da sua importância enquanto mecanismos de criação normativa. Tendo como pressuposto que a Administração tem o dever de adotar a melhor solução possível frente às circunstâncias concretamente consideradas, a análise busca verificar não só a margem de liberdade que recai sobre o agente no que diz respeito à escolha do instrumento consensual, mas também as consequências dessa opção, em vista da natureza vinculante dos módulos convencionais. Por fim, procura-se examinar a questão atinente ao controle do agir consensual, com o intuito de detectar os limites à convalidação e ao desfazimento das estipulações entabuladas entre as partes.

Palavras-chave: consensualidade; Administração Pública; acordos substitutivos; estabilidade; vinculatividade; e controle.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. **The binding nature and the control of substitutive agreements**. 265 p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2018.

ABSTRACT

The substitutive agreements, which constitute the main object of this essay, are presented as relevant instruments for the operationalization of consensuality within the scope of administrative actions. By means of these, Public Administration chooses to negotiate with private entities in order to achieve the results desired, replacing the unilateral and imperative decision by this consensual agreement, which consolidates the set of rights and obligations considered satisfactory by both parties in a given case. This work aims to take a step forward in the analysis of the limits to the modification and revision of the commitments consensually signed between public and private entities, for the purpose of identifying possible parameters of stability and predictability to be taken into account. In this perspective, it is intended to outline the premises of the analysis and the new paradigms that permeate the administrative action, in order to disclose the scenario of consensuality in Brazil. Moving forward, the research seeks to examine the legal nature of such agreements, as well as their relation to legality - both from the point of view of the need (or lack thereof) for specific legal authorization for their conclusion, and in light of their importance as mechanisms of normative creation. Assuming that the Administration has a duty to adopt the best possible solution in any given circumstances, the analysis seeks to verify not only the freedom of the public agent with regard to the choice of the appropriate consensual instrument, but also the consequences of such choice, in view of the binding nature of the substitutive agreements. Finally, the work examines the issue of controlling such consensual actions, in order to detect the limits to validate and annul the agreements formalized by the parties.

Keywords: consensuality; Public Administration; substitutive agreements; stability; binding; control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 19

2 PREMISSAS GERAIS: OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO 27

2.1 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A CONSTRUÇÃO DA BIPOLARIDADE 28

2.1.1 O eixo condutor do direito administrativo: proteção das liberdades *versus* garantia da autoridade 28

2.1.2 A inclinação do direito administrativo para o polo da autoridade 34

2.2 A RECONFIGURAÇÃO DOS MECANISMOS DE ORGANIZAÇÃO E ATUAÇÃO ESTATAL: SUPERAÇÃO DO PARADIGMA BIPOLAR 39

2.2.1 A ampliação das tarefas públicas e a insuficiência do direito legislado 39

2.2.2 O reposicionamento da legalidade e a evolução das fontes normativas 43

2.2.3 A fragmentação dos interesses postos à cura da Administração Pública e o envolvimento dos administrados na realização dos fins públicos 47

2.3 O ESTABELECIMENTO DE RELAÇÕES MULTIPOLARES E A ABERTURA À CONSENSUALIDADE 50

2.3.1 Cenário brasileiro: a gradativa evolução do modelo de consensualidade no ordenamento jurídico pátrio 53

2.3.2 Os instrumentos de operacionalização da consensualidade 60

3 OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO UNILATERAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 65

3.1 A NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS 67

3.1.1 Os acordos substitutivos como transações civis ou híbridas 69

3.1.1.1 A equiparação dos módulos convencionais substitutivos da decisão administrativa às transações disciplinadas pelo Código Civil 69

3.1.1.2 As dificuldade decorrentes do posicionamento manifestado 72

3.1.2 Os acordos substitutivos como atos administrativos 74

3.1.2.1 O enquadramento dos módulos substitutivos como atos administrativos 74

3.1.2.2 A inafastável relevância do acordo de vontades 76

3.1.3 Os acordos substitutivos como contratos 79

3.1.3.1 As ressalvas apresentadas quanto ao caráter contratual dos acordos substitutivos.. 79

3.1.3.2 A essência contratual dos módulos convencionais 81

3.2 A RELAÇÃO DO CONSENSO COM A LEGALIDADE 88

3.2.1 A vinculação da atuação administrativa consensual à legalidade 88
3.2.2 O acordo enquanto mecanismo de criação normativa..... 98
3.3 OS PRESSSUPOSTOS E ELEMENTOS DOS MÓDULOS CONVENCIONAIS... 116
3.3.1 Considerações prévias quanto à existência, validade e eficácia 116
3.3.1.1 A existência dos acordos substitutivos..... 116
3.3.1.2 A questão da validade 117
3.3.1.3 A eficácia do módulo convencional..... 118
3.3.2 A estrutura dos acordos substitutivos da decisão unilateral 119
3.3.2.1 A competência administrativa..... 120
3.3.2.2 A finalidade da convenção 121
3.3.2.3 A forma a ser observada pela relação convencional 122
3.3.2.4 O motivo que embasa o acordo substitutivo 123
3.3.2.5 O objeto do acordo de vontades 124
3.3.2.6 A capacidade enquanto condição subjetiva da parte contratante 125
3.3.2.7 A efetiva existência do consenso 126
4 O CARÁTER VINCULANTE DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS: LIMITES À MODIFICAÇÃO E REVISÃO DOS COMPROMISSOS ESTABELECIDOS POR MEIO DO CONSENSO 129
4.1 A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO À VONTADE EXTERNADA 130
4.1.1 A adoção de mecanismos consensuais de atuação: discricionariedade ou vinculação do agente administrativo? 130
4.1.2 A autovinculação (ou autolimitação) da Administração Pública 136
4.1.2.1 Sentido estrito da autovinculação administrativa..... 138
4.1.2.2 Sentido amplo da autovinculação administrativa..... 142
4.1.3 A estabilização dos compromissos firmados pela Administração Pública 147
4.2 A VINCULAÇÃO DO PARTICULAR À VONTADE EXTERNADA..... 153
4.2.1 A relevância da autonomia privada para a formação do vínculo contratual . 154
4.2.2 Da autonomia privada à lógica da instrumentalidade e boa-fé 159
4.3 A MANUTENÇÃO DOS COMPROMISSOS: PARÂMETROS DE ESTABILIDADE E PREVISIBILIDADE A SEREM OBSERVADOS 164
4.3.1 Pressuposto essencial: a inaplicabilidade das prerrogativas de ação autoexecutória e unilateral da Administração 166

4.3.1.1 A consagração de um regime de referência que caracteriza a tradicional teoria do contrato administrativo 166
4.3.1.2 O reposicionamento da teoria em vista da complexidade do fenômeno contratual e do próprio objetivo da atuação administrativa 171
4.3.1.3 A incompatibilidade dos módulos convencionais com o regime de prerrogativas 177
4.3.2 Requisitos para alteração e revisão dos compromissos estabelecidos 179
4.3.2.1 A relação que se estabelece entre a segurança jurídica e a dinamicidade das relações convencionais 179
4.3.2.2 Hipóteses de modificação ou revisão dos acordos substitutivos 181
4.3.3 Parâmetros limitativos a serem observados para a revisão e modificação dos compromissos 185
4.3.3.1 A impossibilidade de retroação de nova interpretação administrativa ou das disposições de diploma normativa superveniente 186
4.3.3.2 O direito adquirido e o ato jurídico perfeito 188
4.3.3.3 A proteção à confiança legítima 190
5 O CONTROLE DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL: LIMITES À ANULAÇÃO DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS 193
5.1 O DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE CONTROLE 194
5.1.1 O conceito de controle e os seus diferentes objetivos e vertentes 195
5.1.2 A relação entre controle e eficiência: o paradigma do resultado e a gradativa consagração de uma visão finalística 200
5.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DAS NULIDADES E DAS DIVERSAS CATEGORIAS DE VÍCIOS 205
5.2.1 A classificação da invalidade de acordo com a doutrina brasileira 205
5.2.2 As diferentes categorias de vícios 211
5.3 AS LIMITAÇÕES À INVALIDAÇÃO DOS MÓDULOS CONVENCIONAIS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA UNILATERAL 214
5.3.1 A necessária compatibilização entre o dever de reconhecer a existência do defeito e a estabilidade conferida às convenções 215
5.3.1.1 O dever de convalidação que recai sobre a Administração 215
5.3.1.2 A estabilização dos efeitos do módulo convencional viciado 222
5.3.2 A invalidação dos módulos convencionais substitutivos 230
5.3.2.1 Os parâmetros balizadores da anulação 230

5.3.2 O dever de indenizar 235

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 239

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 247

1 INTRODUÇÃO

Os *acordos substitutivos* compõem o *objeto* central da presente dissertação.

Vale dizer que, embora se reconheça a existência de diferentes modalidades de ajustes consensuais[1], a análise restringe-se às hipóteses nas quais o administrador público dispõe de poderes para impor ao particular determinada situação jurídica, mas escolhe atingir o resultado almejado por meio de uma solução consensual. Isto é, ao invés de desempenhar a sua competência de maneira imperativa e unilateral, o agente opta por convencionar com o cidadão-administrado a forma de seu exercício, de modo que o ajuste firmado consolida o plexo de direitos e obrigações tido como satisfatório por ambas as partes diante do caso concreto[2].

Ao que se infere, um estudo envolvendo todas as diferentes modalidades de acordos administrativos pode ser inviável, em razão da amplitude de objeto. Reputa-se que o direcionamento da pesquisa – aos acordos substitutivos – se fez necessário para permitir o desenvolvimento de um trabalho efetivamente contributivo, de modo a evitar a improfícua comparação entre figuras com características bastante diversas, bem como o atingimento de conclusões potencialmente contraditórias.

Convém esclarecer, ainda, que a delimitação da análise aos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral não se deu de maneira casuística ou aleatória. Sua relevância justifica-se por mais de uma razão.

Primeiro porque se entende que tais ajustes representam a expressão máxima da consensualidade. Tendo em vista que a situação jurídica que se estabelece entre a Administração e o particular independe do pacto para ser criada, uma vez que o agente público poderia simplesmente ter escolhido exercer a sua competência de maneira

---

[1] A propósito dos diferentes instrumentos de consenso postos à disposição da Administração Pública, confira-se, dentre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.325-336; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública do Século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito do Estado - RDE**, n. 10, p. 271-288, abr./jun. 2008; e PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 237-257.

[2] Ressalva-se que os vocábulos "acordo", "pacto", "compromisso" e "ajuste" são tomados, no presente trabalho, como sinônimos e se destinam a designar os acordos de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito.

impositiva, os módulos convencionais[3] substitutivos inserem-se perfeitamente no novo contexto que se instaura a partir da consolidação de um ambiente favorável ao consenso e da reconfiguração de uma certa visão restritiva da legalidade que tende a prevalecer em determinado enfoque da doutrina tradicional.

Segundo porque se reputa que o recorte proposto tem íntima relação com o próprio objetivo da dissertação, que tem por finalidade contribuir com a reflexão acerca da vinculatividade dos acordos e dos consequentes limites à sua modificação e revisão[4]. Haja vista que a Administração Pública nem sequer precisaria celebrá-los, estando apta a impor a sua vontade de maneira unilateral, poder-se-ia questionar em que medida tais ajustes são efetivamente vinculantes para as partes envolvidas.

Terceiro porque os acordos substitutivos constituem prática corrente, especialmente no âmbito dos entes reguladores autônomos. Verifica-se não só a gradativa superação das controvérsias anteriormente existentes em relação ao cabimento de tais ajustes, mas também a proliferação de mecanismos voltados a uma perspectiva mais instrumental da função administrativa[5], que propõem a adoção de medidas mais eficientes e menos danosas para o alcance das finalidades públicas.

A importância do tema reside na constatação de que a melhoria da qualidade das decisões públicas e da confiança que estas devem inspirar constitui verdadeiro pressuposto para a garantia do direito fundamental à boa administração. A análise da consensualidade sob o prisma da segurança jurídica legitima-se na medida em que a atividade administrativa consensual consagra uma nova forma de relacionamento entre a Administração e os

---

[3] Adota-se, aqui, a concepção de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, que toma por base as lições de Odete MEDAUAR e Sabino CASSESE para ressalvar que "a expressão *modulo convencional* mostra-se adequada, seja por exprimir a ideia genérica de convenção [entendida, segundo a visão tradicional, como o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos], seja por esclarecer que a noção que se quer exprimir comporta modulações" (**Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 199). A despeito de existirem diferentes espécies de módulos convencionais, o termo será sempre empregado com o intuito de designar os módulos convencionais substitutivos da decisão unilateral da Administração.

[4] Ainda com o objetivo de delinear o objeto de estudo da dissertação, cumpre ponderar que a expressão "modificação" se destina a abarcar eventual alteração no conteúdo do módulo convencional. Já o termo "revisão" é utilizado com vistas a designar tanto as hipóteses de invalidação decorrentes da desconformidade com a ordem jurídica como aquelas derivadas do desfazimento do ajuste por razões outras que não a ocorrência de eventuais vícios (como a extinção unilateral por motivo de conveniência e oportunidade).

[5] Conforme esclarece Marçal JUSTEN FILHO, a função administrativa deve ser compreendida como um feixe de poderes jurídicos (competências estatais) que legitima o exercício de atividades materiais e a formulação de comandos destinados a conformar a conduta alheia em prol da satisfação de interesses essenciais, relacionados à promoção de direitos fundamentais, e cujo desempenho, por parte da Administração Pública, pressupõe a existência de uma organização estável e permanente (**Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: RT, 2016. p. 38).

particulares, exigindo a necessária reflexão sobre as alternativas a serem consideradas no que diz respeito ao aprimoramento do funcionamento da máquina estatal "com a utilização de instrumentos destinados a avaliar o desempenho institucional, a incentivar a boa gestão e resultados satisfatórios, a prevenir e combater a corrupção"[6].

É certo que o ambiente institucional tem de ser capaz de compatibilizar a realidade cambiante que se apresenta com a necessária garantia da segurança jurídica. Além disso, e tendo em vista a aparente inadequação dos mecanismos de controle hoje existentes (que tendem a ser marcadamente formais, ineficientes e demasiadamente custosos), deve-se buscar a estruturação de um sistema que visa a concretizar maior coerência e eficiência da atuação administrativa.

Os desafios inerentes à (in)segurança jurídica e à manutenção dos compromissos têm sido encarados como alguns dos principais dificultadores no que diz respeito ao emprego da consensualidade[7].

Juristas e aplicadores do direito ainda não chegaram a uma definição sobre como proceder diante da adoção de mecanismos consensuais, posto que a margem negocial que lhes é inerente em tese dificulta a identificação de critérios objetivos para a implementação do consenso e para o seu controle. As autoridades administrativas, por sua vez, sentem-se receosas ao lançar mão de instrumentos consensuais, pois temem eventual responsabilização. Tal quadro é agravado, ainda, pela constante discrepância dos entendimentos manifestados pelos diferentes agentes legitimados para a celebração do acordo, que não raras vezes pretendem questionar compromissos já aperfeiçoados.

Impende ressaltar que este último aspecto constitui um dos pontos nevrálgicos do tema sob análise. Assim se passa porque o questionamento do acordo substitutivo pela própria Administração (ainda que por agente diverso ou hierarquicamente superior) é contrário à lógica da consensualidade, que tem por objetivo conferir soluções mais efetivas e adequadas para as relações travadas entre as partes público e privada, e não dar origem a novos conflitos ou prolongar aqueles já existentes.

---

[6] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord). **A Nova Organização Administrativa Brasileira**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 200.

[7] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**, p. 298-299, Veja-se também: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; e MOREIRA, Egon Bockman. Uma lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 9.

Dessas questões decorrem muitos problemas e dúvidas para os quais ainda não se encontrou uma resposta.

Trata-se, portanto, de tema atual, central à própria eficácia da atuação administrativa consensual e cuja relevância está vinculada à imprescindibilidade da reconfiguração do agir administrativo em prol de uma atuação mais eficiente na tutela e consagração dos interesses da coletividade.

Com efeito, a implementação dos módulos convencionais e o controle da consensualidade constituem um campo fértil para inovações e discussões de relevância teórica e prática. Tais temas envolvem uma série de questões que ora se encontram em aberto, relacionadas tanto às premissas da atuação administrativa quanto à perspectiva de atualização da sistemática de controle hoje existente.

A novidade que inspira a pesquisa que se pretendeu desenvolver ultrapassa o fenômeno da Administração consensual. Sem embargo da percepção de que o direito administrativo já superou o momento inicial de mera afirmação do cabimento da consensualidade, as questões centrais que se põem agora são outras. A celebração do acordo está condicionada à existência de lei específica que lhe autorize? Os módulos convencionais substitutivos da decisão administrativa possuem caráter vinculante? Quais os vetores a serem observados para fins de modificação ou invalidação do ajuste firmado?

Convém esclarecer que a consensualidade é tratada como *premissa* (e não como *hipótese*) da análise que se tenciona promover.

A pesquisa não tem por objetivo examinar a tendência ao modelo da Administração consensual, nem tampouco esgotar temas atinentes ao desenvolvimento da consensualidade no direito administrativo brasileiro e aos seus diferentes mecanismos de instrumentalização. Também não pretende verificar a possibilidade de a atuação administrativa unilateral vir a ser substituída pelo acordo de vontades. Estes temas já foram amplamente examinados pela doutrina, com grande profundidade científica, o que leva a crer que eventual estudo acerca de tais questões pouco teria a acrescentar.

Em contrapartida, a despeito de existir vasta produção doutrinária acerca dos aspectos gerais da consensualidade, a análise da questão atinente à vinculatividade dos módulos convencionais é ainda incipiente.

A presente dissertação propõe-se justamente a realizar um estudo dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral à luz dessa perspectiva.

Partindo do pressuposto de que o caráter impositivo e autoritário da atuação administrativa tem evoluído em direção à ampliação de soluções negociadas[8], busca-se verificar em que medida os instrumentos consensuais são efetivamente vinculantes para as partes envolvidas no ajuste e quais as respectivas consequências em matéria de controle. Embora não se tenha a pretensão de exaurir o enfrentamento do tema, o objetivo do trabalho é dar um passo adiante na reflexão acerca dos limites à modificação e à revisão dos compromissos estabelecidos, inclusive com vistas a examinar a aplicabilidade do regime de prerrogativas e a identificar possíveis parâmetros de estabilidade para as relações consensualmente travadas com a Administração Pública.

A primeira *hipótese* que se admite, em relação ao objeto de estudo, é a de que a convenção que substitui a prerrogativa unilateral do agente público consiste em verdadeiro mecanismo de criação normativa, que resulta no surgimento de uma dada situação jurídica, vinculante para as partes envolvidas.

Tomando por base a lição de Léon DUGUIT, a expressão "situação jurídica" é aqui empregada com vistas a designar as situações jurídicas subjetivas, que criam normas jurídicas individuais, oponíveis aos sujeitos envolvidos no ajuste. O esclarecimento é relevante em virtude da necessária distinção em relação às situações jurídicas objetivas, caracterizadas pela generalidade e permanência das normas jurídicas criadas, que derivam diretamente do direito positivado e são aptas a afetar qualquer pessoa a qualquer tempo[9].

Significa dizer que a celebração do pacto cristaliza um determinado conjunto de direitos e obrigações considerado satisfatório pela Administração e pelo cidadão-administrado, derrogando a competência administrativa discricionária (no que tange à opção pela solução consensual) e vinculando ambas as partes. Isto posto, e considerando que os

---

[8] Não significa que a atuação administrativa unilateral será (ou deverá ser) necessariamente substituída pelo modelo consensual ou que o consenso deve ser visto como solução universal para todas as questões que se apresentam. O sentido de "evolução" ora empregado tem por objetivo apenas destacar as progressivas transformações verificadas em decorrência da valorização de uma nova normatividade, produzida individual e concretamente, sem a atuação do Poder Legislativo.

[9] "Toda situação jurídica subjetiva é, por definição, concreta, individual e temporária, e são essas três características que a distinguem de uma situação objetiva ou legal. Ela é concreta, quer dizer que é criada com vistas à obtenção de um resultado predeterminado. Ela é individual, o que significa que afeta não mais do que um certo número de indivíduos determinados ou que podem ser determinados com antecedência. Ela é temporária, o que significa que, quando o resultado para o qual foi criada é obtido, a situação jurídica subjetiva, doravante sem objeto, desaparece por si só". No original: "Toute situation juridique subjective este, par définition, concrète, individuelle et temporaire, et ce sont les trois caractères qui la distinguent d'une situation objective ou légale. Elle est concrète, c'est-à-dire qu'elle est créée en vue de l'obtention d'un résultat déterminé d'avance. Elle est individuelle, c'est-à-dire qu'elle ne touche qu'un certain nombre d'individus déterminés ou pouvant être déterminés d'avance. Elle est temporaire, cela veut dire que, lorsque le résultat en vue duquel elle a été créée est obtenu, la situation juridique subjective, désormais sans objet, disparaît d'elle-même" (DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, t. 1. Paris: Fontemoing & C. Éditeurs, 1911. p. 226-227).

termos do ajuste são construídos a partir de um acordo de vontades, não há que se cogitar da reavaliação do juízo anteriormente emitido, nem da incidência de prerrogativas de ação autoexecutória e unilateral do Poder Público.

A segunda *hipótese* de que se parte é a de que o controle dos módulos convencionais deve observar determinados parâmetros, tendo a cautela de não comprometer a sua eficácia.

Ainda que o controle da consensualidade seja essencial para garantir a regularidade dos instrumentos consensuais e para o próprio aperfeiçoamento da atuação administrativa, há que se ter em mente que o recorrente desfazimento dos acordos – quer seja pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração – pode vir a inviabilizar a atuação administrativa consensual, resultando na perda de confiança em relação aos mecanismos convencionais e, consequentemente, no incentivo ao comportamento imperativo e unilateral dos agentes públicos.

A partir dessas *hipóteses*, pretende-se sustentar a *tese* de que a modificação ou o desfazimento dos compromissos consensualmente estabelecidos devem ser vistos como situações excepcionais. A regra geral da estabilidade é potencialmente mais sólida em relação aos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral, na medida em que estes pressupõem, em si mesmos, a aplicação do direito ao caso concreto e derivam da autocontenção voluntária e intencional da Administração Pública.

Para que se possa atingir o objetivo proposto, a dissertação será dividida em quatro capítulos.

Não obstante a consensualidade seja tomada como *pressuposto* (e não como *hipótese*), reputa-se necessário delinear as premissas da análise a ser desenvolvida e os novos paradigmas que permeiam o agir administrativo.

Diante desse enfoque, o primeiro capítulo procurará expor os fatores que conduziram à superação do paradigma bipolar e à reconfiguração das formas de organização e atuação administrativa, resultando no desenvolvimento da consensualidade.

O segundo capítulo destina-se a analisar a natureza jurídica dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral. Terá por objetivo examinar também a relação de tais acordos com o princípio da legalidade, em vista do modelo de concretização da segurança jurídica que se delineia a partir dos desafios impostos por uma realidade cambiante e pela atual complexidade das relações socioeconômicas.

O exame da questão se presta não apenas a permitir a melhor compreensão do *objeto* de estudo, mas também a possibilitar a verificação do poder de criação normativa dos compromissos. Em linhas gerais, pretende-se verificar se a celebração dos acordos depende

de prévia autorização legal, bem como se a convenção é efetivamente apta a criar uma situação jurídica subjetiva, estabelecendo direitos e obrigações que disciplinam o relacionamento das partes envolvidas no ajuste.

Além disso, busca-se examinar brevemente os pressupostos (de existência, validade e eficácia) do módulo convencional substitutivo para, em seguida, identificar os diferentes elementos que devem compor a sua estrutura.

Cumpre ressalvar que tais aspectos serão analisados com o devido aprofundamento ao longo do trabalho. Por hora, importa destacar que a adequada formação do ajuste deverá levar em conta: (a) a competência do agente; (b) a finalidade da convenção; (c) a forma a ser observada pela relação convencional; (d) o motivo que embasa o acordo substitutivo; (e) o objeto do acordo de vontades; (f) a capacidade das partes; e (g) a efetiva existência do consenso.

As questões que se objetiva responder estão, de certa forma, relacionadas com a revisão da própria noção de discricionariedade administrativa[10].

Partindo da premissa de que a Administração tem o dever de adotar a melhor solução possível para o caso concreto, o terceiro capítulo se propõe a examinar a margem de liberdade da autoridade administrativa no que tange à escolha entre celebrar ou não a convenção, bem como os efeitos e consequências dessa opção. Pretende-se demonstrar que a opção pelo acordo acarreta o exaurimento da competência discricionária, de forma que o seu consequente aperfeiçoamento vinculará os sujeitos de direito envolvidos.

Ainda de acordo com esse enfoque, e tendo em conta que as constantes alterações na conjuntura econômica e sociopolítica por vezes determinam a eventual adaptação dos compromissos à nova realidade que se apresenta, o trabalho buscará identificar os parâmetros limitativos a serem observados. A pertinência da análise decorre da constatação de que a tradicional teoria do contrato administrativo, segundo a qual a Administração Pública detém um conjunto de prerrogativas especiais – que, em tese, permitiria a extinção e modificação unilateral da avença – não parece ser compatível com os módulos consensuais substitutivos da decisão administrativa unilateral.

Por fim, o quarto capítulo pretende examinar a questão atinente ao controle do agir consensual da Administração.

---

[10] Segundo a qual o poder discricionário seria aquele que "o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo" (MEIRELLES, Hely. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 139).

Considerando que os acordos substitutivos consolidam uma nova forma de relacionamento entre o Poder Público e os particulares, cumpre verificar qual é a medida do controle que atende aos seus objetivos, sem comprometer a eficácia dos compromissos firmados. A abordagem delineará as perspectivas gerais do tema, a fim de detectar os limites à convalidação e à desconstituição das estipulações convencionais.

Em linhas gerais, propõe-se um estudo da vinculatividade dos acordos e do controle da atuação administrativa consensual através de um exame dogmático e analítico. Serão analisadas, por meio do método dedutivo, noções clássicas do direito administrativo, tais como as concepções de ato e contrato administrativo, os princípios da legalidade e da proteção da confiança e o instituto do controle.

Os aspectos atinentes à vinculatividade dos compromissos e ao controle da consensualidade ainda não foram inseridos nos debates jurisprudenciais – ao menos, não à luz das peculiaridades que lhes cabem. A grande maioria dos precedentes identificados limita-se a examinar questões de cunho mais formal, as quais não se relacionam propriamente com as consequências (em termos de estabilização e produção de efeitos) decorrentes do aperfeiçoamento dos módulos convencionais. Em razão disso, a visão dos Tribunais será levada em consideração, no que for cabível, a fim de permitir a identificação de vetores que conferem margens de previsibilidade e estabilidade para as relações firmadas entre a Administração e os particulares.

A dissertação não pretendeu se utilizar do exame do direito comparado enquanto *método* de pesquisa. Feita essa ressalva, convém esclarecer que exemplos de direito estrangeiro serão utilizados com o objetivo de identificar o tratamento normativo e doutrinário que tem sido dado aos *acordos substitutivos.*

2 PREMISSAS GERAIS: OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Na visão de Thomas KUHN, o conceito de paradigma apresenta dois sentidos fundamentais. Em sentido lato, abrange a matriz disciplinar de uma determinada comunidade científica (ou seja, a formação teórica que a caracteriza). Num sentido estrito, representa o conjunto de teorias, instrumentos e conceitos capazes de fornecer "modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica"[11].

Os paradigmas delineiam as regras e o alcance da investigação científica a ser realizada. Representam as premissas que traçam as bases para o desenvolvimento de um consenso em determinada área da ciência[12], permitindo a identificação dos questionamentos relevantes e dos métodos e critérios tidos por adequados para a sua solução[13].

Há de se reconhecer, no entanto, que o pensamento científico convive com a permanente tensão entre a inovação e a tradição.

A partir do momento em que os pressupostos anteriormente firmados deixam de responder às demandas postas, tornando-se insuficientes diante dos desafios que a realidade concreta apresenta, novas abordagens e conceitos passam a se fazer necessários. Significa dizer que os paradigmas devem buscar aperfeiçoar-se, a fim de conferir soluções mais adequadas aos anseios contemporâneos.

Em que pese a aparente abstração dessas considerações, o raciocínio nelas previsto é integralmente aplicável ao presente estágio do direito administrativo brasileiro. A realidade atual determina que institutos e conceitos sejam rediscutidos sob a ótica de uma dinâmica mais consentânea com a complexidade das relações jurídico-administrativas que têm sido travadas.

---

[11] KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Noeira. 5. ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 1998. p. 30.

[12] Ao conceituar o termo "ciência", Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR esclarece que a noção é constituída a partir de um conjunto de enunciados que tem por objetivo transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre aquilo que existe, aquilo que já existiu e aquilo que ainda existirá – enunciados estes que compõem *constatações* que delimitam e parametrizam a análise científica. O conhecimento científico "constrói-se, em consequência, a partir de constatações certas, cuja evidência, em determinada época, nos indica, em alto grau, que elas são verdadeiras. A partir delas, a ciência se caracteriza pela busca de termos seguramente definidos, constituindo um corpo sistemático de enunciados", que, caso deixem de se confirmar, tendem a ser afastados (**A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977. p. 10). Ao que se infere, a noção de "constatação certa" aproxima-se do conceito de paradigma.

[13] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Os caminhos do ato administrativo.** São Paulo: RT, 2011. p. 90.

O presente capítulo se propõe a assentar as premissas da análise a ser realizada. Tem por objetivo apresentar os elementos estruturantes do direito administrativo para, em seguida, demonstrar as perspectivas de sua evolução em prol de soluções que privilegiam o equilíbrio de interesses e a adoção de fórmulas concertadas de ação.

2.1 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A CONSTRUÇÃO DA BIPOLARIDADE

Como nos dá notícia a lição de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, onde quer que exista Estado, existem órgão encarregados do exercício de funções administrativas[14].

Nada obstante, mesmo que se possa constatar a existência de normas disciplinadoras do exercício do poder em todas as sociedades politicamente organizadas, é necessário ter em vista que o direito administrativo é um ramo jurídico razoavelmente recente[15]. Além disso, é inegável que o seu arcabouço teórico é diretamente influenciado por razões de ordem política, social e histórica, possuindo íntima relação com a configuração e o desenvolvimento da própria concepção de Estado.

2.1.1 O eixo condutor do direito administrativo: proteção das liberdades *versus* garantia da autoridade

O modelo teórico sobre o qual se assenta o direito administrativo foi delineado com o objetivo de disciplinar as relações concretas de contraposição entre o ente estatal e os particulares. Nessa esteira, a bipolaridade que permeia tal ramo da ciência jurídica decorre do fato de ter sido concebido como um instrumento de articulação entre dois polos

---

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista dos Tribunais - RT**, v. 101, n. 926, p. 51-78, dez. 2012. p. 51 e ss.

[15] Sobre a construção do direito administrativo, é digna de destaque a explanação de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO: "Em comparação com os multicentenários ramos da ciência do direito, o *direito administrativo,* com pouco mais de dois séculos de existência, é ainda relativamente recente. Por outro lado, sua elaboração, em vez de ter sido lenta, cuidada e repensada e, tal como no ramo privado, intensamente trabalhada a partir de um *direito costumeiro* milenarmente sedimentado, foi improvisada, por vezes apressada e, sobretudo, sempre conturbada por acontecimentos políticos, econômicos e sociais que agitaram os últimos duzentos anos. Somem-se a isso, já na perspectiva brasileira, as vacilações e vicissitudes que marcaram a elaboração positiva nacional das instituições jusadministrativistas e a peculiaridade de ser um ramo jurídico pouco consolidado e raramente codificado, e ter-se-ão algumas das razões pelas quais se ressentiu a Disciplina de maior coerência e de segura estratificação em vários de seus suportes teorético-dogmáticos" (**Curso de direito administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 41). Ainda sobre a estruturação da teoria do direito administrativo e a sua evolução, confira-se: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

presumidamente antagônicos[16] – quais sejam, o da autoridade *versus* liberdade, do público *versus* privado.

A permanente tensão em torno da qual o direito administrativo se constrói é explicada por sua própria herança histórica, eis que ele emerge, a um só tempo, como instrumento de operacionalização do poder e como arcabouço (de princípios e regras) destinados à limitação do seu exercício em favor dos cidadãos-administrados.

Isso faz com que parcela substancial dos administrativistas sustente que a trajetória de tal ramo jurídico reflete a transição do autoritarismo para o Estado de Direito[17], de modo que a sua estruturação estaria diretamente relacionada com a consagração de normas delimitadoras da organização e da atuação estatal. O direito administrativo se apresentaria como um instrumento de contenção da autoridade e de limitação do poder extroverso[18], tendo sido constituído a partir da generalização do princípio da legalidade (que impôs a submissão de todos, inclusive da Administração Pública, à ordem jurídica) e da consagração da separação dos poderes (que impede que as funções estatais sejam concentradas em uma única estrutura organizacional).

Conforme esclarece Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, a análise da teoria do direito administrativo brasileiro (notadamente influenciada pela matriz francesa) possibilita a identificação dos macromodelos da *legalidade* e da *justicialidade*, que se apresentam como pautas valorativas que estabelecem o parâmetro de validade da ação administrativa e o seu modo de controle[19].

---

[16] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 334 e ss. Análise semelhante também é desenvolvida por Carlos Ari SUNDFELD, que destaca a existência da "teoria dos antagonismos" e indica que a matriz de análise do direito administrativo deve considerar as múltiplas contraposições que o permeiam (**Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 86 e ss.). Nesse mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aponta que "o direito administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade/liberdade. A Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos do poder" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49).

[17] De acordo com Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, o direito administrativo "só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização de suas funções" – isto é, a partir do momento em que passou a estabelecer balizas às prerrogativas dos governantes (**Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 52). Nesse mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003. p. 23 e ss.

[18] Para Renato ALESSI, o poder extroverso é aquele cujo âmbito de abrangência ultrapassa a esfera jurídica do sujeito que praticou o ato, sendo oponível a terceiros (**Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Giuffrè: Milão, 1960. p. 279).

[19] Entenda-se que, segundo a concepção do autor, o "modelo que sinteticamente se está dizendo 'da legalidade', voltado à compreensão do fenômeno do direito administrativo, pode ser enunciado como: pressupondo-se o contexto político-institucional do Estado de direito ocidental, situa-se no direito legislado o parâmetro de validade da ação administrativa. E o 'da justicialidade' pode ser enunciado como: há na organização estatal,

Ao que se infere, a consagração de tais valores permitiria afirmar que o direito administrativo é um "*Direito defensivo do cidadão*"[20], construído em torno da ideia de proteção das liberdades com o intuito de limitar o exercício do poder estatal[21].

Embora dotada de um viés garantístico, de contenção do poder em favor dos administrados, não se pode negar que a edificação da disciplina se deu sob o signo de certo autoritarismo. Isto porque a gradual submissão das atividades estatais ao Direito determina que a limitação do poder, operada pela legalidade, seja compatibilizada com a necessidade de se conferir ao administrador público um instrumental adequado e suficiente para viabilizar a sua atuação – composição esta que não só evidencia a dualidade característica do direito administrativo, como também lança as bases de um regime jurídico diverso daquele aplicável às relações sociais em geral.

O próprio modo de apresentação dos institutos do direito administrativo, em torno de construções doutrinárias que tratam dos "poderes" da Administração e da existência de prerrogativas exorbitantes, contribui para a impressão de que o seu conteúdo foi concebido em favor da autoridade.

Observe-se que as formulações teóricas em torno do núcleo do direito administrativo podem ser sintetizadas a partir da célebre divergência existente entre Léon DUGUIT e Maurice HAURIOU, que capitanearam as Escolas do Serviço Público e da *Puissance Publique* (também chamadas de Escolas de Bordeaux e de Toulouse).

De acordo com as lições de DUGUIT, o regime administrativo é fundado na solidariedade ou na interdependência social, de modo que o ente estatal não deve ser concebido como uma coletividade personificada investida de um poder soberano de comando[22]. As regras especiais aplicáveis à Administração decorreriam, portanto, da necessidade de adequado desempenho de suas funções e não de valores inerentes à sua pretensa superioridade.

---

uma estrutura funcionalmente independente dos poderes legislativo e executivo, com competência para controlar essa validade, proferindo, a respeito dela, a decisão definitiva" (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo**, p. 175).

[20] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros: 2016. p. 47.

[21] Como esclarece Marçal JUSTEN FILHO, o conceito jurídico de "poder" é composto por uma acepção objetiva e outra subjetiva. A primeira delas abrange a "estrutura organizacional do Estado, composta por bens e por sujeitos, investida de certas competências e datada de um grau intenso de autonomia em face de outras estruturas", enquanto que a segunda corresponderia à "situação jurídica que investe o titular da faculdade de exercer ações ou omissões, inclusive para criar deveres e limitações para terceiros" (**Curso de direito administrativo**, p. 32-33).

[22] DUGUIT, Léon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. 4 ed. Paris: Boccard Éditeur, 1923. p. 30.

Em contraposição, HAURIOU sustenta que a *puissance publique* confere fundamento e identidade ao direito administrativo, na medida em que a soberania do Estado representa o modo pelo qual o corpo social é conduzido a aceitar e realizar a coisa pública[23]. Consequentemente, a atribuição de um determinado conjunto de prerrogativas se justificaria por conta da nota de desigualdade que marca a relação que se estabelece entre os agentes administrativos e os administrados.

Vale dizer que a consolidação de um regime que atribui um conjunto de prerrogativas à Administração é comumente reconduzida às estruturações derivadas da influência da Escola da *Puissance Publique*[24].

Na leitura de HAURIOU, o poder administrativo (*pouvoir administratif* ou *puissance publique*) – derivado do movimento de concentração estatal das forças civis de polícia – consiste no elemento primordial do regime administrativo, fundado na separação de poderes entre as autoridades judiciária e executiva e na organização da Administração Pública em torno da própria ideia de organização do poder. Assim sendo, não seria possível explicar o direito administrativo senão como uma regulamentação dos poderes da Administração ou do exercício desses poderes (por atos ou operações administrativas) frente aos direitos dos particulares[25].

Após fazer referência às lições de DUGUIT e de JÈZE no que diz respeito ao serviço público enquanto elemento caracterizador do regime administrativo[26], o precursor da Escola da *Puissance Publique* argumenta que não são as relações funcionais ou de prestação de serviços que dominam o relacionamento travado entre a Administração e os administrados, mas sim as relações de poder[27].

---

[23] HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et Droit Public Général. Paris: Larose, 1990. p. 12.

[24] Como expõe Juliana Bonacorsi de PALMA, "As principais características das prerrogativas públicas reconhecidas pela doutrina administrativa – a exorbitância e a instrumentalidade – decorrem da exposta linha de entendimento [no sentido de que as prerrogativas marcam a superioridade da Administração em relação aos administrados], estruturada a partir da influência da Escola da *Puissance Publique*" (**Sanção e acordo na Administração Pública**, p. 38). Veja-se também: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980. p. 8-9.

[25] HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Dalloz, 2002. p. 8.

[26] Ambos os autores foram expoentes da Escola de Serviço Público, que consagrou a noção de que o direito administrativo tem por objeto a organização e o funcionamento dos serviços públicos ofertados à coletividade. Os autores divergiam, no entanto, em relação à definição do conceito de serviço público. Gaston JÈZE procura oferecer um critério jurídico que permita definir o rol de atividades que devem ser consideradas serviços públicos (**Le principes généraux du droit administratif**, t. 2. 3 ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 16 e ss.) enquanto DUGUIT sustenta que tal definição dependeria das necessidades apresentadas pela sociedade em uma determinada época (**Traité de Droit Constitutionnel**, p. 100-101).

[27] HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public, p. 8.

A *puissance publique* corresponderia, portanto, ao poder "encarregado de assegurar a manutenção da ordem pública e a gestão dos serviços públicos dentro da medida das relações usualmente públicas", revestindo-se de prerrogativas que exorbitam do direito comum e autorizam a atuação de ofício da Administração[28].

Em verdade, não se pode desconsiderar que os fundamentos dessa exorbitância variam conforme a justificativa que a doutrina lhe pretende conferir ao longo do tempo. Se, por um lado, pode-se pretender adotar o conceito de soberania defendido por HAURIOU, por outro, tal concepção poderá se apoiar na ideia de oferta de serviços públicos em benefício da coletividade, conforme sustentava DUGUIT, ou ainda na noção de supremacia do interesse público, presente na doutrina italiana (conforme as formulações de Renato ALESSI) – esta última amplamente difundida por significativa parcela dos administrativas brasileiros. Qualquer que seja a explicação admitida, todas têm em comum a caracterização do direito administrativo como um direito que é regido por regras especiais e por um regime específico, que confere determinadas prerrogativas ao Poder Público[29].

Mesmo se possa afirmar que o direito administrativo tem por objetivo a garantia do bem comum e que a legitimação estatal se dá pela justificação do poder baseada nas finalidades públicas do seu exercício, cumpre reconhecer que o seu arcabouço teórico estrutura-se, em certa medida, a partir da ideia de concentração da autoridade e de preponderância do interesse público sobre o particular. Afinal, a atribuição de um conjunto de prerrogativas à Administração, ainda que de forma instrumental à satisfação das necessidades coletivas[30], pressupõe a existência de uma relação desigual entre governante e governados.

Essa linha de pensamento deu origem a críticas que questionam a construção do direito administrativo a partir da ideia de limitação do poder associada ao surgimento do Estado de Direito.

É essa a lição de Gustavo BINENBOJM, quando inicia sua obra sobre a teoria do direito administrativo com a seguinte observação:

---

[28] HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**, p. 10-11.
[29] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**, p. 340.
[30] Ao tratar dos contratos administrativos e das prerrogativas conferidas à Administração Pública, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA ressalva que não há que se falar propriamente em um regime de exorbitância, no sentido de derrogar o que seria normal em termos de direito privado. O que se verifica é a consagração de um regime específico, que deve ter em vista a natureza funcionalizada das competências estatais (**Contrato administrativo**, p. 218).

> A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou *ilusão garantística da gênese.* O surgimento do direito administrativo, e de suas características peculiares, representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos[31].

Segundo as concepções do autor, as categorias básicas do direito administrativo (como, por exemplo, o conceito de discricionariedade e as prerrogativas públicas) encontram-se contaminadas pelo que ele chama de "pecado original", na medida em que dão margem para que a Administração haja em seu próprio proveito[32].

Nesse mesmo sentido, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aponta que, a despeito de o Poder Executivo (sede da Administração Pública) estar "a cargo da mais generalizada, intensa e próxima interação entre o Estado e a sociedade", não se verificou a efetiva absorção dos princípios liberais que apregoavam a garantia das liberdades. Ao contrário, sua evolução teria seguido uma principiologia diametralmente oposta, privilegiando institutos que reforçam o poder de império e reafirmam a autoridade estatal[33].

Daí porque a doutrina administrativista teria se tornado praticamente unânime "quanto à articulação dogmática da disciplina [do direito administrativo] sobre a ideia central de *que o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto ao dos cidadãos*"[34].

A despeito da inequívoca relevância de tais críticas, não parece possível desconsiderar a íntima relação existente entre o surgimento do direito administrativo e a ideia de contenção da autoridade.

---

[31]BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11. Ao examinar os elementos que fomentaram a Revolução Francesa, Alexis de TOCQUEVILLE já havia destacado que várias das características e instituições do período pós-revolucionário não representam propriamente uma ruptura com o regime anterior, mas sim uma certa continuidade das práticas a ele inerentes (**O antigo regime e a revolução**. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 77 e ss.). Nesse mesmo sentido é a lição de Vasco Manuel Pascoal Dias PEREIRA DA SILVA, para quem o Estado moderno era "resultado de um compromisso entre os princípios liberais, ao nível da organização do poder político, e princípios autoritários, ao nível do funcionamento e controle da Administração", de forma que o direito administrativo representaria "o ponto de convergência das técnicas de ação absolutistas com as exigências de liberdade e garantia que a grande revolução traz" (**Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 16).

[32] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**, p. 15.

[33] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 9.

[34] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**, p. 11.

Como observa Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

> Malgrado a relevância das críticas e o respeito tributado a seus autores, não cremos que se possa negar a relação entre o surgimento do direito administrativo e o esforço para se delimitar o exercício do poder extroverso. Antes, nos afinamos ao entendimento de Gaspar Ariño Ortiz de que tal ramo do direito é resultado da luta pelo poder, do conflito entre o Estado e a sociedade. Em grande medida, toda sua construção histórica traz essa tensão, que acirra e reforça o caráter bipolar. Por conseguinte, é também resultante da tentativa de contenção desse poder, originada nos movimentos revolucionários do final do século XVIII e início do século XIX, momento de afirmação do Estado moderno[35].

Ainda que seja viável questionar o conceito dado a determinados institutos ou a interpretação que autorizam, é inegável que o esforço de submeter o exercício do poder estatal ao direito (*legalidade*) e de permitir o controle da conduta dos agentes públicos por uma estrutura funcionalmente independente (*justicialidade*) destina-se precisamente a proteger as liberdades, oferecendo limites ao exercício do poder extroverso. Partindo de tais premissas, pode-se dizer que a consagração do Estado de Direito, com a consequente subordinação do poder às normas jurídicas gerais e abstratas, é fator propício – e verdadeiro pressuposto – para o surgimento de tal ramo da ciência jurídica[36].

2.1.2 A inclinação do direito administrativo para o polo da autoridade

Isso não impediu, contudo, que o direito administrativo tenha gradualmente deslocado o seu foco de análise para o exercício da autoridade, moldando-se como um instrumento de efetivação do poder.

Ultrapassado o momento inicial de sua afirmação enquanto ramo jurídico autônomo, a construção da teoria do direito administrativo passa a ter como enfoque a estrutura da Administração e os seus mecanismos de ação.

Com o transcurso do tempo, e na medida em que se verifica um distanciamento de temas relacionados à interação dos órgãos administrativos com os indivíduos[37], a vertente protetiva e assecuratória das liberdades acaba sendo sufocada pelo caráter autoritário e autoreferenciado da atuação administrativa. Prevalece o viés estrutural, que se preocupa mais

---

[35] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**, p. 332.
[36] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, p. 23.
[37] Em obra dedicada justamente a examinar a evolução da teoria do direito administrativo brasileiro, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA destaca que as obras da Primeira República denotam a estruturação da teoria em torno de temáticas que conferem "uma sensação de que o centro das atenções é a administração, independentemente de sua relação com os indivíduos" (**Formação da teoria do direito administrativo**, p. 236).

em legitimar os instrumentos de exercício de autoridade do que em garantir os direitos dos indivíduos.

Tem-se, por consequência, a consagração de uma visão tradicional segundo a qual o direito administrativo confere uma posição privilegiada à autoridade administrativa e lhe outorga prerrogativas para consagrar em concreto o interesse público. Significa dizer que a Administração se encontraria "em situação autoritária, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto"[38].

A noção de um interesse público indisponível, absoluto e transcendente aos interesses individuais se apresenta como elemento justificador e delimitador do direito administrativo. Sob esse prisma, não surpreende que as formulações clássicas tenham concebido a atividade administrativa como aquela instrumentalizada por meio de atos administrativos dotados de atributos específicos e que denotam a supremacia da Administração sobre o particular, de forma a consolidar um relacionamento eminentemente verticalizado

Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público[39] passam a ser invocados não só com o objetivo de justificar o afastamento ou derrogação das normas de direito privado, mas também a prevalência do interesse da Administração sobre os particulares e a própria existência de um regime especial destinado a disciplinar as relações jurídicas de que participem os entes estatais. Independentemente de eventuais ressalvas que possam ser feitas acerca de tais princípios[40], há de se reconhecer que o regime jurídico

---

[38] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: RT, 1968. p. 295.

[39] Tais princípios se desenvolvem na doutrina brasileira com base nas lições de Ruy CIRNE LIMA (**Princípios de direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Livraria da Globo, 1939. p. 23) e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (**Curso de direito administrativo**, p. 70 e ss.), que apontam para a prevalência do interesse público sobre o privado e para a impossibilidade de sacrifício ou transigência da coisa administrativa por parte do agente público.

[40] A forma de compreensão do princípio e a própria estruturação do direito administrativo em torno do seu conceito têm suscitado inúmeras divergências doutrinárias. Ao longo dos anos, surgiram intensos debates acerca da necessidade de desconstrução, superação ou reconstrução da supremacia do interesse público. Não cabe, aqui, examinar o conteúdo dessas críticas ou as ponderações feitas por aqueles que as refutam. Para o que interessa à presente dissertação, basta dizer que alinhamo-nos ao entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, no sentido de que o direito administrativo deve ser visto de acordo com a seguinte perspectiva: "(a) a consagração pela Constituição dos direitos fundamentais como o alicerce de todo o ordenamento jurídico, (b) a impossibilidade de identificar um conceito abstrato e geral para a expressão *interesse público*, (c) a impossibilidade de unificar e simplificar os interesses em conflito na sociedade, de modo a que um deles seja qualificado como *interesse público,* (d) a existência de interesses individuais, coletivos e difusos não atribuídos ao Estado, juridicamente protegidos inclusive em face dele, e (e) a configuração do direito administrativo como um conjunto de normas jurídicas orientadas a composição entre os diversos interesses (estatais e não estatais), de modo a assegurar a promoção dos direitos fundamentais" (**Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: RT, 2015. p. 142 – ressalva-se que o trecho em questão foi mantido apenas na versão eletrônica das edições subsequentes da obra). Para aprofundamento do tema, ver ainda: ÁVILA, Humberto. Repensando o

administrativo transfere o seu foco para a efetivação do poder, deixando em segundo plano o viés garantista e assecuratório das liberdades que lhe deu origem.

Como bem destaca Marçal JUSTEN FILHO, o descompasso existente entre o direito administrativo e a evolução filosófico-jurídica que permeia o restante do direito público faz que com o seu aparato e mecanismos de instrumentalização sejam modelados a partir de concepções de um período distante e incompatível com a realidade atual, resultando em um ramo jurídico que se exterioriza através de institutos que refletem uma visão autoritária e incorporam "o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações da sociedade"[41].

O agir da Administração orienta-se pelo emprego das prerrogativas públicas, tomando o ato administrativo como figura central.

Cumpre notar que um dos primeiros conceitos de ato administrativo foi elaborado por Otto MAYER, que o definiu como "o pronunciamento autoritário de pertinência da administração, determinativo no caso particular para o súdito do que para ele deve ser conforme o direito"[42].

Ainda que as concepções advindas de regimes potencialmente autoritários tenham sido matizadas ao serem incorporadas pelo direito pátrio, é inegável que os atributos do ato administrativo (quais sejam, a presunção de legitimidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade) refletem noções pouco democráticas[43]. Tanto é assim que as formulações tradicionais da teoria do ato administrativo o tomam precisamente como um instrumento de efetivação do poder.

"princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **O direito público em tempos de crise:** estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 220, p. 69–107, abr./jun. 2000; SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos *versus* interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; ARAGÃO, Alexandre Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 387, p. 23-36, set./out. 2006; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**, p. 29 e ss.; BORGES, Alicia Gonzales. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista de Direito do Estado - RDE**, n. 03, p. 137-153, jul./set. 2006; e HACHEM, Daniel. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

[41] JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 59.

[42] MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán.** Buenos Aires: Depalma, 1949 *apud* OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo.** 6 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 42.

[43] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 244.

Nas palavras de Hely Lopes MEIRELLES, o ato administrativo caracteriza-se pela "*manifestação unilateral de vontade da Administração*", sendo que a condição para o seu surgimento "é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa"[44].

A noção tradicional toma por base a ideia de autoridade enquanto fonte do ato, conferindo pouca (ou nenhuma) importância ao indivíduo, quer seja enquanto beneficiário do provimento administrativo ou enquanto sujeito de direitos a sofrer eventual limitação. É o que MARQUES NETO chama de ato administrativo autista:

> Nesta acepção, o ato administrativo autista poderia ser definido como a *manifestação unilateral da Administração Pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-se ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade.* À delimitação do que estamos designando de ato administrativo autista, acrescentam-se os chamados atributos do ato, quais sejam: a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade. Todas estas características concorrem para moldar uma visão de ato administrativo que desconsidera em absoluto a condição do administrado (grifos no original)[45].

O autor cuida de demonstrar que o caráter excessivamente autônomo da visão tradicional do ato administrativo afirma-se: (i) pela unilateralidade do provimento, que legitima a desnecessidade de manifestação do particular, permitindo que o agente competente pondere os fatos, determine a providência administrativa e emita o ato, sem nem mesmo franquear aos potenciais interessados a oportunidade de intervir e interferir na sua formação; (ii) pela insuficiência da mera existência de um comando legal (que autoriza a prática do ato e lhe confere os contornos), por vezes incompatível com a complexidade das demandas por ação administrativa e com a crescente ampliação dos campos de atuação estatal; e (iii) pela consagração de uma sistemática de controle retrospectiva (*backward-looking*), que se limita a verificar aspectos formais, estando desvinculada de um perfil consequencialista e responsivo[46].

Nesse contexto, a tradicional atuação administrativa acaba por consagrar uma ampla margem de autonomia para que o agente público interfira na esfera de direito dos indivíduos, sem que a Administração tenha de sopesar os diversos interesses envolvidos com vistas a

---

[44] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 173-174.
[45] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista, p. 97.
[46] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista, p. 99 e ss.

selecionar a solução mais eficiente e adequada diante do caso concreto. Os parâmetros para a edição do ato são postos *ex ante* pelo ordenamento, de forma que a sua conformidade é verificada a partir do preenchimento de pressupostos formais (competência, forma, objeto *etc.)* e da motivação baseada na indicação do fundamento jurídico e no enquadramento das circunstâncias fáticas ao comando legal (subsunção do fato à norma).

Assim, o ato administrativo acaba por se desconectar do ambiente em que se insere, deixando de se comunicar e de ser permeado pelos fatores a ele externos – relacionados à composição de interesses, ao mínimo sacrifício de direitos, à proporcionalidade e razoabilidade e à preocupação com a eficiência e efetividade dos resultados do provimento exarado.

À primeira vista, até seria possível cogitar que o desenvolvimento da teoria dos contratos administrativos[47] surgiu como movimento de reação ao agir unilateral e imperativo da Administração, formalizado através do ato administrativo. Mas eventual conclusão nesse sentido não parece resistir a uma análise mais apurada da questão.

Em que pese a ideia de acordo de vontades seja inerente à noção de contrato, a formulação teórica do contrato administrativo (influenciada pelo direito francês[48]) acaba por estruturar-se em torno daquilo que se convencionou chamar de "cláusulas exorbitantes". Uma vez superadas as teorias que apregoavam a impossibilidade de estabelecimento de uma relação contratual entre a Administração e os particulares, verifica-se a reafirmação de um regime de direito público derrogatório do direito comum e caracterizado por um conjunto de prerrogativas especiais atribuídas aos agentes administrativos.

Não se nega que tais prerrogativas devem ser interpretadas sob a lógica da instrumentalidade. A sua existência apenas se justifica em decorrência das finalidades públicas que devem nortear a atuação administrativa, pelo que têm de ser entendidas como instrumentos de satisfação das necessidades coletivas e de promoção dos direitos fundamentais[49].

---

[47] Convém esclarecer que as noções teóricas de ato e contrato administrativo serão examinadas em maior detalhe no capítulo seguinte, que trata da natureza jurídica dos acordos substitutivos. Sobre a evolução da teoria do contrato administrativo: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 352 e ss.

[48] A consolidação da noção de contrato administrativo deve-se principalmente à Gaston JÈZE, que os define como acordos bilaterais de vontade que têm por propósito a criação de uma situação jurídica individual (**Principios Generales del Derecho Administrativo**, v. 4, t. 1. 3 ed. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 3).

[49] "Os poderes atribuídos à Administração Pública pela lei ou derivados da própria avença se identificam como instrumento de satisfação de necessidades coletivas, como forma de promover os direitos fundamentais" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 320).

Entretanto, é necessário reconhecer que o tratamento dogmático conferido à teoria do contrato administrativo acabou resultando na excessiva simplificação das construções originais derivadas da matriz francesa, conduzindo à afirmação do regime de exorbitância.

A partir dessa perspectiva, constata-se que, em termos práticos, as formas unilaterais e bilaterais de atuação administrativa parecem não diferir tanto entre si[50].

As concepções tradicionais de ato e contrato administrativo acabam ficando sujeitas ao mesmo paradigma teórico (da bipolaridade), que tende a reforçar o caráter assimétrico e imperativo das posições da Administração em detrimento dos cidadãos-administrados.

2.2 A RECONFIGURAÇÃO DOS MECANISMOS DE ORGANIZAÇÃO E ATUAÇÃO ESTATAL: SUPERAÇÃO DO PARADIGMA BIPOLAR

Ocorre que, com o passar do tempo, os pressupostos desse modelo (autoritário e autoreferenciado) não mais se sustentam. A atuação administrativa típica, marcada pela unilateralidade e imperatividade, revela-se insuficiente para a adequada consecução dos fins públicos, o que conduz à progressiva revisão das estruturas clássicas do direito administrativo.

O paradigma bipolar, baseado na legalidade estrita e na supremacia do interesse público sobre o particular, é desafiado pela inequívoca complexidade da sociedade contemporânea. São várias as razões para tanto.

2.2.1 A ampliação das tarefas públicas e a insuficiência do direito legislado

Ao longo do século XX, reconheceu-se que a consagração jurídica e política do abstencionismo estatal – caracterizado pela ausência de interferência nas relações econômicas e sociais – era incapaz de assegurar a efetiva realização dos valores buscados pelo Estado.

Consequentemente, a organização do aparato administrativo passa a considerar tanto a ideia de limitação do poder (consubstanciada na necessária submissão do Estado ao direito), como também a necessidade de o ente estatal atuar positivamente na ordem socioeconômica. Torna-se imperioso o envolvimento direto do Estado no desenvolvimento

---

[50] REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito urbanístico contratual**: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 75.

de políticas públicas e na realização de atividades voltadas à satisfação concreta das necessidades individuais e coletivas.

A ampliação quantitativa e qualitativa do conjunto de competências estatais determina o estabelecimento de mecanismos mais flexíveis de atuação, que se amoldem às múltiplas circunstâncias do agir administrativo e possam atender aos novos anseios da sociedade de forma mais célere e eficiente.

Essa reconfiguração das formas de organização e atuação estatal interfere claramente na concepção tradicional da separação dos poderes.

Apesar de ter sido esboçada por outros autores[51], a visão clássica da teoria da separação de poderes é radicada no pensamento de MONTESQUIEU, a partir do qual as funções estatais são tripartidas em legislativas, administrativas (ou executivas) e jurisdicionais[52]. Os três Poderes seriam, em tese, harmônicos e independentes entre si: enquanto um deles assume a responsabilidade pela edição das leis (Legislativo), outro as executa (Executivo) e um terceiro as aplica, contenciosamente, de acordo com as especificidades de dado caso concreto (Judiciário)[53].

Não se nega que, com o passar do tempo, a doutrina passou a matizar tal concepção, ressalvando que a consagração da autonomia e independência dos Poderes não significaria propriamente uma separação absoluta de competências no sentido de que eles seriam os titulares exclusivos das funções estatais que lhes são atribuídas. Consolidou-se o

---

[51] Segundo Alexandre de MORAES: "A divisão segundo o critério funcional é a célebre 'separação de poderes', que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra 'Política', detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal" (**Direito Constitucional**. 21 ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 385).

[52] MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2 ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 171 e ss.

[53] Impende reconhecer, contudo, a existência de novas formas institucionais, que não podem ser reconduzidas a nenhum dos clássicos poderes da concepção tripartite de Montesquieu – como é o caso, por exemplo, do Tribunal de Contas e do Ministério Público (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 36). Embora a doutrina pretenda justificar a permanência da noção de separação de poderes, há aqueles que defendem a necessidade de sua reconfiguração: "Uma 'nova separação de poderes' está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias - ou talvez mais. E, assim, nós devemos dar um carinhoso adeus a Montesquieu, para então criar novas bases para o direito administrativo comparado, que deem conta dos desafios dos governos modernos" (ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. p. 15).

entendimento de que cada Poder é investido de uma função preponderante e, acessoriamente, desenvolve funções de outras naturezas.

Ainda assim, sobressaía a ideia de supremacia do Legislativo sobre o Executivo e o Judiciário, na medida em que o exercício de suas atribuições está diretamente atrelado à soberania popular (já que os seus representantes são eleitos de forma democrática para exercer a função legiferante) e que o princípio da legalidade determina a primazia da lei sobre os atos típicos emanados dos demais Poderes[54]. Haveria, portanto, um mero vínculo de subordinação das atividades executivas e jurisdicionais em relação à atividade legislativa.

O relacionamento entre os Poderes Legislativo e Executivo é bem ilustrado por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, para quem o paradigma da legalidade representa a completa submissão da Administração Pública às leis.

> Esta [Administração] deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro[55].

Contudo, os novos fenômenos sociais e político-institucionais passam a exigir um reposicionamento dos múltiplos poderes do Estado e da noção clássica de legalidade (enquanto norma geral e abstrata posta pelo Poder Legislativo), a fim de que estabeleça uma estrutura mais coerente com a realidade cambiante e multifacetada que se apresenta no seio da sociedade hodierna.

Se para um modelo de Estado mínimo os comandos legais eram suficientes para reger as relações jurídicas, fato é que este cenário foi profundamente modificado com o aumento das tarefas atribuídas aos entes públicos. A racionalidade emanada das regras gerais e abstratas da lei positivada não tem condições de antever todas as necessidades a serem satisfeitas e nem de estabelecer os melhores mecanismos para a sua efetiva consagração.

Diante disso, a atuação do Poder Legislativo acaba por revelar-se insuficiente para conferir uma resposta satisfatória às demandas que se apresentam. Seja porque a lentidão do processo legislativo tende a ser incompatível com o dinamismo da sociedade contemporânea, seja porque a solução de questões no âmbito social e econômico exige um regramento contínuo e flexível.

---

[54] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, p. 120.
[55] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, p. 104.

Esse contexto faz com que o Executivo passe a atuar como "o verdadeiro autor e realizador das grandes políticas nacionais"[56], deixando de ser um mero executor do texto legal para assumir a frente do processo legislativo (mediante a elaboração de projetos de lei, edição de regulamentos, decretos *etc.*) ou para integrar a compreensão da legislação, na medida em que esta lhe confira maior autonomia.

Como nota Paulo OTERO, o aumento das tarefas confiadas ao Estado exige a satisfação de novas e sempre acrescidas necessidades coletivas, que o Poder Legislativo se mostra incapaz de atender. Nas palavras do administrativista, a insuficiência da resposta emanada dos comandos legais tem por consequência a "crescente valorização do papel da função administrativa na concretização do modelo constitucional de bem-estar [...], falando-se mesmo da transição de um modelo de Estado-legislador para um Estado-administrador"[57].

Odete MEDAUAR compartilha desse mesmo entendimento, apontando para a "perda da hegemonia do Legislativo", em detrimento de uma espécie de "supremacia do Executivo"[58].

Estabelece-se, portanto, uma via de mão dupla no relacionamento entre os dois Poderes, "pela qual se verifica não apenas mero vínculo de submissão de um ao outro, mas sim e mais propriamente uma relação de coordenação"[59].

Não se trata apenas de conferir maiores poderes ao administrador público sob um aspecto quantitativo (no sentido de abrir as fronteiras da lei para os regulamentos e demais atos normativos), mas de lhe atribuir competências qualitativamente diversas, que viabilizam o exercício de uma postura reflexiva e contínua diante da realidade sobre a qual incide a atividade administrativa, estabelecendo espaços de decisão e atuação mais amplos – que abarcam, inclusive, a participação na definição das políticas públicas e a reedição de normas, parâmetros e premissas de ação. Essa nova perspectiva de organização estatal consagra uma atuação nitidamente diversa daquela que prevalecia segundo o ideário liberal, que enxergava na lei codificada a expressão de um racionalismo estável e soberano em face da Administração, então dotada de incumbências pontuais de natureza meramente executiva[60].

---

[56] OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina: Coimbra: 2003. p. 144.
[57] OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**, p. 144.
[58] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, p. 121.
[59] REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito urbanístico contratual**, p. 55.
[60] REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito urbanístico contratual**, p. 55.

2.2.2 O reposicionamento da legalidade e a evolução das fontes normativas

Soma-se a isso o fenômeno da *constitucionalização do direito*, que resulta numa clara aproximação entre o direito administrativo e o direito constitucional.

De acordo com Luís Roberto BARROSO, a expressão comporta múltiplos sentidos, servindo para caracterizar qualquer ordenamento jurídico no qual vigore uma Constituição dotada de supremacia ou, ainda, para identificar o fato de o texto constitucional incorporar diversas matérias afetas a ramos infraconstitucionais do direito[61].

Nada obstante, não são essas as concepções que interessam para a análise pretendida na presente dissertação.

A *constitucionalização do direito*, enquanto característica apta a repercutir sobre a atuação dos três Poderes e sobre as suas relações com os particulares, associa-se "a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico"[62]. Significa dizer que o eixo da ordem jurídica passa a gravitar em torno das garantias fundamentais e das regras e valores constitucionalmente consagrados, de forma que a Constituição condiciona o sentido e a validade das normas infraconstitucionais[63].

Para Riccardo GUASTINI, um ordenamento constitucionalizado é aquele caracterizado pela existência de uma Constituição extremamente intrusiva, capaz de subordinar a legislação, a jurisprudência, as manifestações doutrinárias, a atuação dos poderes políticos e as próprias relações sociais[64]. Não se trata, contudo, de um conceito bipolar, no sentido de verdadeiro ou falso. A constitucionalização comporta gradações e decorre de um movimento permanente e dinâmico, de modo que um determinado

---

[61] BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**, p. 31.

[62] BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões, p. 31.

[63] "Desse modo, o que se entendeu ser a máxima aspiração do passado, a submissão dos particulares à lei, ainda que de modo algum se deva nem se possa abandonar, fica de todos os modos relegado como uma etapa a mais na evolução. Já não basta que a Administração esteja submetida à lei, mas é também necessário que a lei esteja submetida à Constituição, que haja uma ordem jurídica superior ao próprio legislador, superando assim o dogma da soberania popular, representada no Parlamento e passando à representação da soberania do povo na Constituição" (GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais e direito público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977. p. 65).

[64] GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Tradução de José Maria Lujambio. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Trotta, 2003. p. 49.

ordenamento jurídico pode ser mais ou menos constitucionalizado, a depender das condições que venha a apresentar[65].

Particularmente quanto ao cenário nacional, é inquestionável que a Constituição de 1988 derivou de um longo processo evolutivo e que as bases por ela lançadas conduziram a importantes avanços na realidade econômica e social. Em que pese a *constitucionalização do direito* seja tida como uma conquista a ser celebrada, na medida em que consagra a primazia dos direitos fundamentais e os instrumentos destinados à sua efetiva persecução[66], tal conjuntura também traz consigo uma série de novos desafios a serem enfrentados.

Ao examinar as consequências decorrentes da expansividade do texto constitucional, Daniel SARMENTO aponta que o discurso doutrinário construído em torno da questão é quase sempre apologético, como se constitucionalizar o ordenamento implicasse em "aperfeiçoá-lo e aproximá-lo dos ideais de justiça – igualdade, liberdade, solidariedade etc. – presentes no texto magno". Apesar de não discordar frontalmente deste ponto de vista, o autor ressalva a necessidade de se considerar "os perigos que uma 'panconstitucionalização' do Direito, ou mesmo uma constitucionalização metodologicamente descontrolada, podem encerrar"[67].

O primeiro dos desafios inerentes ao processo de constitucionalização estaria relacionado com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A partir do momento em que se reconhece que as disposições constitucionais são dotadas de normatividade, penetrando nas relações jurídicas e influenciando a interpretação e a aplicação de outras normas, a segurança jurídica[68] derivada do caráter geral e abstrato do comando legal passa a ser frontalmente desafiada.

---

[65] O autor italiano, considerado um dos expoentes da Escola Genovesa, procurou catalogar um rol de condições a serem satisfeitas para que um ordenamento seja considerado constitucionalizado. São elas: (1) a existência de uma Constituição rígida; (2) a garantia jurisdicional da Constituição (correspondente ao controle de constitucionalidade das leis); (3) a força vinculante da Constituição; (4) a "sobreinterpretação" da Constituição (consubstanciada na interpretação extensiva do texto constitucional); (5) a viabilidade de aplicação direta das normas constitucionais; (6) a interpretação das leis conforme a Constituição; e (7) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Para GUASTINI, as condições (1) e (2) constituem os pressupostos necessários ao próprio sentido de constitucionalização do direito, sendo que as demais se prestam a permitir a verificação do grau de constitucionalização de um dado ordenamento jurídico (La constitucionalización del ordenamiento jurídico, p. 51-58).

[66] JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do Espetáculo, p. 58.

[67] SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revisa de Direito do Estado - RDE**, n. 2, p. 83-118, abr./jun. 2006. p. 86.

[68] De acordo com a sistematização proposta por Sylvia CALMES-BRUNET, a noção de segurança jurídica pode ser desdobrada de acordo com três dimensões distintas: a previsibilidade, a acessibilidade e a estabilidade. A previsibilidade assegura que os cidadãos tenham condições de identificar as alternativas e comportamentos cabíveis, podendo avaliar as consequências aplicáveis diante do caso concreto, sem que venham a ser surpreendidos por determinada postura estatal. Já a acessibilidade se aproxima da noção de transparência, tendo

Além disso, o exercício da função jurisdicional a partir de princípios abertos e de conceito indeterminado acaba por permitir que a expressão da vontade do legislador venha a ser conformada pelo juiz diante do caso concreto, dando margem a questionamentos relativos à legitimação democrática do Poder Judiciário e aos próprios limites do controle jurisdicional[69].

Vale observar que a aplicação preponderante dos princípios em detrimento das regras é severamente criticada por Humberto ÁVILA:

> Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais – os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte). Esse primeiro paradoxo conduz a um segundo: quando tudo está na Constituição e nada na legislação que deveria estar conforme ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa de servir de referência superior pela inexistência ou irrelevância do elemento inferior. Privilegia-se a supremacia constitucional, eliminando-a. Daí a importância de se insistir na eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos Poderes e no controle fraco de proporcionalidade como mecanismo de salvaguardar a liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de simplesmente exaltar a importância dos princípios e da ponderação[70].

Harmoniza-se com essa perspectiva a lição de Paulo Ricardo SCHIER, segundo a qual o processo de constitucionalização, por um lado, representa grande avanço e, por outro, se levado ao extremo, proporciona um quadro de ubiquidade constitucional apto a banalizar ou deslegitimar a Constituição, negando as idiossincrasias e o pluralismo. Embora tal movimento tenha a virtude de fazer com que o texto constitucional seja tido como ponto de partida para a interpretação da lei, "ao tornar tudo uma questão de princípio, torna também tudo, diante da falta de limites, manipulável, relativizável, dúctil, aberto a voluntarismos" –

---

em vista a garantia de racionalidade das decisões a partir de um aspecto formal (dever de publicidade) e outro material (exigência de motivação). Por fim, a estabilidade corresponde à garantia de permanência, continuidade e regularidades das situações e relações jurídicas (Quelle consécration du principe de sécurité juridique en droit administratif français? In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 95). Sobre as diferentes facetas da segurança jurídica: VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44 e ss.; e ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 124 e ss.

[69] Para o aprofundamento do tema, veja-se: FUX, Luiz. **Jurisdição constitucional:** democracia e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro:** teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2014; BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014; STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.

[70] ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, v. 6, n. 23, p. 9-30. out./dez. 2008.

o que, em tese, poderia resultar em interpretações absurdas e autoritárias, vindo a legitimar qualquer tipo de decisão[71].

Em contrapartida, a falta de uniformidade e a perda de certeza do ordenamento jurídico não parecem decorrer propriamente de uma ou outra concepção quanto à sua forma de interpretação (pautada na legalidade estrita ou nos princípios constitucionais), mas sim das relações jurídicas que o direito é chamado a disciplinar.

É esse o posicionamento de Gustavo ZAGREBELSKY, que atribui a ductibilidade do direito ao caráter pluralista da sociedade contemporânea e à inexistência de um quadro de princípios de sentido e valor compartilhados por toda a coletividade. Partindo desse pressuposto, o autor ressalva que o fenômeno da constitucionalização não pode ser entendido como "um gesto subversivo e destruidor do direito (a diferença do que sucedia na época do positivismo jurídico), mas como algo previsto e admitido", que permite que os princípios constitucionais cumpram uma função dinâmica com vistas a assegurar a constante adaptação do ordenamento jurídico a uma realidade cambiante[72].

Tem-se, por consequência, o reposicionamento da noção clássica de legalidade (enquanto norma geral e abstrata emanada do Legislativo) em face da constitucionalidade[73]. A despeito de continuar sendo uma forma elementar de manifestação democrática, a lei perde a sua autossuficiência e deixa de ser tida como o único referencial normativo da atuação administrativa[74].

A abertura e ductibilidade dos diplomas normativos (que passam a apresentar fortes notas principiológicas), aliada à irrefutável perda de segurança jurídica decorrente da ampliação da margem de interpretação da lei e da expansão do controle sobre a atividade administrativa, têm por reflexo a valorização de "uma normatividade que se pode dizer *extravagante*", como aponta Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA. Tenta-se "localizar

---

[71] SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro**: teoria da constituição e direitos fundamentais, p. 53-54.

[72] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil - ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madri: Trotta, 1995. p. 146.

[73] É esse o posicionamento de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (**Formação da teoria do direito administrativo**, p. 408). Tal entendimento também se difundiu perante a doutrina francesa. Segundo Louis FAVOREU, a partir da segunda metade do século XX verifica-se a "inclinação da ordem jurídica em torno de um novo eixo – de constitucionalidade – e o abandono do antigo eixo – da legalidade – que se encontra, assim, incorporado ao primeiro: a legalidade é doravante um simples componente da constitucionalidade e, assim, como a constitucionalidade, ela fundamentalmente mudou de sentido" (Légalité et constitutionnalité. In:____. **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n 3. Paris: Dalloz, 1997. p. 5).

[74] REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito urbanístico contratual**, p. 55-56.

em outras fontes normativas o ideal de previsibilidade (no plano geral e abstrato) e certeza (no plano da decisão aplicável ao caso concreto), antes encontrada na lei"[75].

É exemplo dessa nova normatividade, de caráter individual e concreto, a contratualização da ação administrativa.

Convém esclarecer que os contratos relacionados ao novo modelo teórico do direito administrativo e à reconfiguração do relacionamento que se trava entre a Administração e os cidadãos-administrados diferem-se daqueles celebrados sob um prisma eminentemente legalista e segundo um regime de exorbitância. As novas atribuições estatais favorecem – e até mesmo determinam – o recurso a ajustes negociais mais flexíveis, que assegurem uma maior aderência dos particulares em prol da eficiência da atuação administrativa[76].

2.2.3 A fragmentação dos interesses postos à cura da Administração Pública e o envolvimento dos administrados na realização dos fins públicos

Outra transformação relevante enfrentada pelo direito administrativo ao longo da última década corresponde à redefinição de suas bases a partir de um enfoque que toma os indivíduos como centro da análise.

A democracia representativa e a noção de consenso enquanto a escolha dos governantes pelo voto formal deixam de ser suficientes para o pleno atendimento das exigências pluralistas que se apresentam diante da conjuntura sociopolítica atual. O esgotamento da capacidade estatal frente às emergentes necessidades socioeconômicas acarreta a impossibilidade de permanência do caráter autoreferenciado que antes permeava o agir administrativo, conduzindo à necessidade de sua reconfiguração a partir de princípios inerentes à organização democrática do poder estatal.

---

[75] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo**, p. 419.

[76] É o que Floriano de Azevedo MARQUES NETO denomina de "nova contratualidade administrativa". Ainda nas palavras do autor, o engrandecimento da atuação do Estado "torna absolutamente superados os modelos contratuais tradicionais, impondo a necessidade de modelos mais adaptáveis as múltiplas circunstâncias da atuação estatal. Esses novos campos de atuação contratual do Poder Público, aliados à importação de modelos de negócio jurídico do mundo privado, colocam em discussão algumas das premissas da doutrina tradicional do contrato administrativo. A própria relação assimétrica entre o Poder Público e o Privado perde força como pressuposto do contrato administrativo diante de contratos de parceria, contratos de consórcio ou mesmo contratos de delegação de serviço público controlados por entidades reguladoras autônomas. [...] Certo deve estar que essas tendências estão longe de demonstrar a superação da doutrina do contrato administrativo tradicional. Elas, porém, ilustram o fato de que, no âmbito da Administração Pública em geral e dos contratos administrativos em particular, podemos vislumbrar um deslocamento do eixo da autoridade para a consensualidade" (Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, v. 107, p. 74-81, dez/2009. p. 79-80).

Segundo os ensinamentos de Sabino CASSESE, o modelo tradicional do direito administrativo não mais se justifica, devendo ser superado por um novo paradigma, denominado de "arena pública".

Após invocar as lições de Santi ROMANO e Massimo Severo GIANNINI para ilustrar a contraposição de interesses típica da bipolaridade, o autor esclarece que a ação administrativa fundamentada na legalidade estrita e na unicidade do interesse público torna-se incompatível com os juízos de ponderação e composição de interesses que o Estado-administração é chamado a exercer. O novo paradigma que se apresenta não estabelece um rótulo de oposição para as relações que se travam entre a Administração Pública e os cidadãos, nem vincula a ação dos sujeitos a um determinado tipo (como o da discricionariedade, para os agentes administrativos, e o da liberdade, para os particulares). A "arena pública", tida por CASSESE como um novo espaço de interação entre o Estado e a sociedade, caracteriza-se precisamente pela "intercambialidade dos papéis, modificação das relações, comércio das regras e dos princípios ordenatórios"[77].

A superação do caráter bipolar do direito administrativo permite reconhecer que não há oposição entre o público e o privado nem superioridade de um sobre outro. As relações multipolares que se travam denotam que os diversos sujeitos envolvidos na atuação estatal – sejam eles agentes públicos ou particulares – se interpenetram, tornando viável (e necessária) a adoção de práticas mais eficazes e flexíveis[78].

Ainda de acordo com o pensamento de CASSESE, a chamada supremacia do interesse público "deixa de ser um atributo permanente da administração e do direito administrativo e se torna um privilégio que deve ser concedido em cada caso pela lei", de modo que a unilateralidade que caracteriza a atuação do administrador vem a ser substituída pelo consenso e pela bilateralidade[79].

Não bastasse a necessidade de composição dos múltiplos interesses que se apresentam no bojo da sociedade contemporânea, há que se reconhecer a existência de uma demanda crescente pelo efetivo envolvimento dos particulares na persecução dos objetivos públicos. Assim se passa porque a atuação administrativa típica, marcada pelo exercício de

---

[77] CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 90.
[78] CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**, p. 143-145.
[79] CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 1, p. 27-40, 2002, p. 35 (tradução livre).

prerrogativas unilaterais e imperativas, revela-se incapaz de assegurar a adequada consecução das finalidades buscadas pelo Estado.

Como observa Jacques CHEVALLIER, o aumento da complexidade das matérias postas sob a tutela da Administração repercute na própria organização político-administrativa estatal. A ordem burocrática passa a conviver com a "proliferação de estruturas de um novo tipo, colocadas fora do aparelho de gestão clássico e escapando ao poder de hierarquia". É possível notar o surgimento de órgãos e entidades estatais especializados, voltados à cura dos diversos interesses públicos e privados, que se relacionam "não mais por liames verticais de subordinação, mas por relações horizontais de interdependência" [80].

Verifica-se uma tendência à democratização das organizações estatais com vistas ao aumento dos espaços de participação popular[81].

A lógica difusa de organização estatal e a multiplicidade de interesses concorrentes entre si impõe ao Estado o desafio de conformar as relações jurídicas travadas, a fim de permitir a composição dos consensos e dissensos que se apresentam diante de determinado caso concreto.

Os indivíduos deixam de exercer a figura de meros espectadores (agentes passivos em face do Estado-administração), adotando uma postura ativa frente à condução da máquina pública. Passa-se a reconhecer que o exercício das competências administrativas não prescinde dos cidadãos-administrados. Pelo contrário, a realização dos fins públicos depende, cada vez mais, da participação dos particulares e do estabelecimento de relações baseadas na cooperação, no consenso e na composição de interesses.

De mais a mais, surgem instrumentos jurídicos que permitem que os cidadãos tomem parte "na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tonar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais"[82] – o que resulta numa maior colaboração entre

---

[80] CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 99.

[81] Trata-se de movimento que representaria a transição da "democratização do Estado à democratização da sociedade" (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 67). Nas palavras de Maria Syllvia Zanella DI PIETRO, a participação popular corresponde "às aspirações do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, na defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado sozinho, não pode proteger" (Participação popular na Administração Pública. **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP**, São Paulo, n. 59, p. 226-239, jan./mar. 2013. p. 238).

[82] PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 115.

os agentes administrativos e a sociedade, assim como na abertura e transparência dos próprios processos decisórios.

É diante desse contexto que se verifica a atenuação do caráter impositivo e autoritário da Administração, que evolui em direção à valorização da participação dos indivíduos no processo de formação da vontade estatal e à ampliação de soluções negociadas.

2.3 O ESTABELECIMENTO DE RELAÇÕES MULTIPOLARES E A ABERTURA À CONSENSUALIDADE

A adoção de práticas negociais integra-se a um plano mais amplo de transformações do direito administrativo, que tem como eixos a falência da lei como amálgama do consenso, o reposicionamento da legalidade em face do movimento de constitucionalização e a existência de uma multiplicidade de interesses igualmente legítimos e merecedores da tutela estatal. Tais circunstâncias acabam por conduzir à mitigação do viés autoritário do agir administrativo (e à própria reconfiguração do princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público[83]), dando abertura às formas concertadas de ação.

A consensualidade marca a evolução de um modelo de atuação centrado na autoridade e instrumentalizado por meio de atos unilaterais e imperativos para um modo de agir que toma como referência o diálogo e a ponderação de interesses. Decorre, portanto, da relativização da imperatividade em prol de uma maior eficácia e eficiência da atuação administrativa.

Insta salientar que o desenvolvimento de práticas consensuais está intimamente relacionado à noção de democracia.

A complexidade da sociedade contemporânea e os diversos interesses que a compõem determinam a adoção de mecanismos mais democráticos, que propiciem o acordo[84] entre os diferentes sujeitos envolvidos na ação administrativa (agentes públicos e

---

[83] Segundo Floriano de Azevedo MARQUES NETO, "o princípio da supremacia do interesse público, parece-nos, deve ser aprofundado de modo a adquirir a feição de prevalência dos interesses públicos e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativo: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos (*v.g.* aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual); (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais" (**Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 165).

[84] Consoante a lição de Roberto DAMONTE, o vocábulo "acordo" corresponde à substituição do provimento administrativo (enquanto ato unilateral) pelo procedimento administrativo. Poderia ser definido, portanto, "como uma solução procedimental (em sentido lato) alternativa àquela 'provvedimentale' ou por atos". No original: "Sotto questo profilo l'accordo può definirsi come una soluzione procedimentale (in senso lato) alternativa a quella provvedimentale o per atti" (**Atti, accordi, convenzioni nella giustizia amministrativa**.

cidadãos-administrados) sobre as bases da ordem que reputam desejável[85]. Daí porque se fala em uma verdadeira aproximação entre o Estado-administração e a sociedade.

Os particulares começam a participar ativamente do processo de formação da vontade estatal, de modo que o agir administrativo passa a considerar (e, por vezes, a privilegiar) mecanismos que tomam por base o acordo de vontades.

Em face desse contexto, surgem expressões como "Administração concertada", "Administração consensual" ou, nas palavras de Odete MEDAUAR, "*governo por contratos, direito administrativo pactualista, direito administrativo cooperativo, administração por acordos, contratualização das políticas públicas*"[86].

Apesar de a caracterização da consensualidade variar significativamente de autor para autor, há certa convergência na doutrina quanto ao reconhecimento dos vetores que resultaram na sua crescente ascensão. Destacam-se, dentre estes, a democracia substantiva (verificada a partir de uma maior participação da sociedade no processo de definição das políticas públicas e no próprio exercício das funções administrativas[87]), a contratualização (decorrente da crescente utilização, pela Administração, de arranjos contratuais mais flexíveis e consentâneos com a realidade atual[88]) e a própria consagração do princípio da eficiência (tido como sinônimo de boa-administração[89] e como comando de otimização das decisões administrativas[90]).

O consenso é visto, ademais, como um mecanismo de governança pública.

Partindo do pressuposto de que a governança pode ser entendida como um modelo de gestão que se destina a instrumentalizar e assegurar a eficiência da ação pública[91], a

---

Padova: 2002. p. 8). Não obstante, há que se compreender que o acordo de vontades integra a própria noção de "convenção". Como assinala Hans KELSEN, a convenção – produto do acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos com o objetivo de se produzirem efeitos jurídicos – pode ser compreendida não só como um ato ou procedimento, mas também como a norma dele derivada (La Théorie Juridique de La Convention. **Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique**, ano 10, n. 1-4. Paris: Recuiel Sirey, 1940. p. 34). Ressalva-se, todavia, que a questão será melhor examinada no capítulo seguinte, por ocasião da análise atinente à relação dos acordos com a legalidade.

[85] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo, p.326-327.

[86] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**, p. 212.

[87] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. **Fórum Administrativo - FA**, v. 8, p. 7-20, 2008. p.

[88] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual, p. 79.

[89] FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20 e ss.

[90] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**, p. 119 e ss.

[91] SARAVIA, Enrique. Governança social no Brasil contemporâneo. **Revista Governança Social**, ano 3, ed. 7, Belo Horizonte, dez. 2009/mar. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/491560/GOVERNAN%C3%87A_SOCIAL_NO_BRASIL_CONTEMPOR%C3%82NEO. Acesso em 7 de fevereiro de 2017. Para Jacques CHEVALLIER: "A governança é sustentada por uma lógica diversa daquela que governa o direito: enquanto que este último se exprime no imperativo sob a forma de comandos obrigatórios provenientes de uma

adoção de soluções negociadas, em tese, permite que o desenvolvimento das atividades administrativas supere as disfuncionalidades que antes permeavam a típica atuação burocrática, impositiva e unilateral.

O emprego de tais mecanismos faz com que o processo de determinação dos interesses públicos a serem tutelados passe a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, que contrasta com a até então dominante perspectiva imperativa e monológica, avessa a instrumentos comunicacionais externos à organização administrativa.

Consequentemente, essa nova forma de administrar, pautada pelo diálogo, pela negociação e pela cooperação, tem por finalidade nortear a transição de um modelo de gestão pública monolítico e autoritário para um modelo aberto e democrático, permitindo que o Estado contemporâneo tenha condições de melhor desempenhar suas tarefas e perseguir seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos[92].

Além disso, a substituição de provimentos administrativos de natureza coercitiva por ajustes estabelecidos de maneira negocial tende a resultar em soluções mais céleres e efetivas. Isto porque os compromissos consensualmente firmados usualmente apresentam uma taxa de cumprimento espontâneo maior do que aquela decorrente das decisões unilateralmente impostas aos administrados[93].

Conforme se observou, um estudo envolvendo todas as diferentes modalidades de acordos administrativos tende a ser inviável, em razão da amplitude de objeto e da heterogeneidade de suas características. Não obstante, uma etapa relevante da análise pretendida consiste em apresentar (mesmo que brevemente) os diferentes mecanismos consensuais postos à disposição da Administração, com vistas a conceituar o que se entende por *acordos substitutivos* – e, assim, delimitar o objeto de estudo da presente dissertação.

---

autoridade investida do poder de decisão e segundo regras fixadas para sua elaboração, a governança provém de uma *abordagem pluralista e interativa* da ação coletiva. Trata-se de obter, pela virtude da troca, compromissos aceitáveis, levando em consideração a complexidade dos problemas e a existência de poderes múltiplos. A governança implica, ao mesmo tempo, a ampliação do círculo dos atores associados aos procedimentos decisórios e a procura sistemática de soluções do tipo consensual (A Governança e o Direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE,** ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. p. 131). Sobre as contratações públicas como instrumentos de governança: GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. Paris: Presses de Science Politique, 1999.

[92] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança Pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, ano 6, n. 23, p. 137-144, Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 143-144.

[93] MARCUS, Richard. L. et al. **Civil procedure**: a modern approach. 5 ed. St. Paul: West Publishing, 2009. p. 105. Veja-se ainda: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Direito do Estado - RDE**, n. 1, p. 155-173, jan./mar. 2006. p. 157.

As considerações que se seguem destinam-se precisamente a expor a atual conjuntura da consensualidade no âmbito da ordem jurídica brasileira.

2.3.1 Cenário brasileiro: a gradativa evolução do modelo de consensualidade no ordenamento jurídico pátrio[94]

Cumpre ressalvar que, diversamente do que ocorre em outros países[95], o ordenamento brasileiro não conta com uma lei de processo administrativo que trate expressamente da possibilidade de celebração de acordos por parte da Administração Pública[96]. Em contrapartida, também não se identifica qualquer vedação, que possa ser tida como regra geral, à adoção de tal alternativa[97]. Pelo contrário, ao longo dos anos, verificou-

---

[94] Para um aprofundamento acerca da evolução normativa da consensualidade, confira-se os ensinamentos de Juliana Bonacorsi de PALMA, que identifica e examina as normas que preveem instrumentos de atuação administrativa consensual, a fim de delinear o modelo de consensualidade recepcionado pelo direito administrativo brasileiro (**Sanção e acordo na administração pública**, p. 189 e ss.).

[95] Em matéria de direito comparado, os principais exemplos de positivação da consensualidade advêm dos ordenamentos alemão, italiano e espanhol. A Lei de Processo Administrativo alemã (VwVfG), de 1976, disciplina (nos §§ 54 e seguintes) a figura do contrato de direito público, que se apresenta como uma alternativa bilateral ao ato administrativo unilateral e impositivo, autorizando a celebração de acordos entre a Administração e os particulares (cf. SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, v. 07, n. 27, p. 67-93, out. /dez. 2009. p. 83 e ss.). Na Itália, o artigo 11 da Lei de Procedimento Administrativo (Lei 241/1990) prevê a possibilidade de celebração de acordos integrativos ou substitutivos da decisão administrativa, que se destinarão a determinar o conteúdo do provimento administrativo ("accordi integrativi") ou, então, a substituir a decisão unilateral da Administração pelas condições definidas de comum acordo entre o agente público competente e o particular interessado ("accordi sostitutivi"). A lei espanhola que dispõe sobre o "Procedimento Administrativo Comum das Administrações Públicas" também admite a "terminação convencional" dos procedimentos administrativos, permitindo a celebração de "acordos, pactos convênios ou contratos com pessoas tanto de direito público como privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico nem versem sobre matérias não suscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público" (item 1 do artigo 86 da Lei 39/2015 – tradução livre). Vale dizer que, embora o ordenamento português não apresente previsões tão específicas quanto aquelas existentes em outros países da Europa continental, o Código de Processo Administrativo prevê expressamente a possibilidade de celebração de contratos administrativos com objetos passíveis de atos administrativos (GONÇALVES, Pedro. **O contracto administrativo:** uma instituição do direito administrativo de nosso tempo. Coimbra: Almedina, 2003. p. 77-78). Na França, a viabilidade da celebração de convenções relativas ao exercício de poderes unilaterais da Administração foi rechaçada pelo Conselho de Estado até a década de 1980 – posicionamento este que foi mitigado com o avanço da contratualização da atividade administrativa, embora a possibilidade de a decisão unilateral vir a ser substituída por uma solução consensual ainda dependa de habilitação legal específica (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**, p. 298-299 – nota 633).

[96] No Brasil, a Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/1999) não traz nenhuma disposição específica acerca da matéria, deixando de estabelecer permissivo genérico que faculte à Administração a possibilidade de se utilizar de mecanismos concertados de atuação.

[97] Não se nega, todavia, a existência de diplomas normativos que afastam a possibilidade de utilização de instrumentos consensuais diante de determinadas hipóteses específicas. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito da Lei 8.429/1992, que veda a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa (nos termos do § 1º do artigo 17).

se uma notável proliferação dos diplomas normativos voltados à consagração da consensualidade.

Ainda que se possa afirmar que a utilização de mecanismos que privilegiam o consenso vem se intensificando nas últimas décadas, é certo que não se trata de fenômeno recente no ordenamento jurídico brasileiro. O diploma normativo que disciplina o processo de desapropriação amigável (Decreto-Lei 3.365), por exemplo, foi promulgado em 1941.

Num primeiro momento, a consensualidade afirmava-se a partir dos acordos celebrados no âmbito do Decreto-Lei acima referido[98] e também dos termos de compromisso em matéria ambiental (previstos nas Leis 6.938/1981 e 6.902/1981[99]), que autorizavam a redução da multa a ser imposta ao infrator nos casos em que este assumisse a obrigação de adotar medidas destinadas a cessar e corrigir a degradação identificada.

Esse panorama é significativamente alterado na década de 1990, em virtude da crescente preocupação com a eficiência da atuação administrativa e da ampliação dos debates em torno da celeridade e da eficácia do processo. Como bem destaca Juliana Bonacorsi de PALMA, é nesse período que "o plano normativo do direito administrativo sinaliza a ascensão da consensualidade no exercício da função administrativa"[100].

A Reforma Gerencial do Estado e o fenômeno da agencificação[101] também endossaram a consolidação de um ambiente favorável ao desenvolvimento dos módulos convencionais de atuação administrativa. Seja no âmbito das leis instituidoras das agências reguladoras independentes ou da atividade de regulação setorial que lhes cabe, foram privilegiados instrumentos destinados a assegurar a transparência na sua atuação e a permeabilidade a mecanismos de interlocução com os administrados (entes regulados ou cidadãos).

---

[98] O *caput* do artigo 10 do Decreto-Lei 3.365/1941 estabelece que a "desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará".

[99] O Decreto 94.764/1987 alterou a redação do Decreto 8.351/1983, que regulamentava tais diplomas normativos, para que passassem a contar com a seguinte previsão: "Art. 45. As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por termo de compromisso aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental. Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa terá uma redução de até 90% (noventa por cento) do seu valor original".

[100] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**, p. 192.

[101] Ao tratar da sistemática regulatória brasileira, Sérgio GUERRA aponta que o fenômeno da agencificação decorre da consolidação de "um modelo alienígena de intervenção estatal em que o regulador deve se desprender de qualquer viés político-partidário quando se enquadrar como entidade independente", o que conduz ao surgimento de "novas categorias de direito administrativo, de modo a poder engastar as escolhas regulatórias dotadas de maleabilidade e flexibilidade" (Agencificação no Brasil: causas e efeitos no modelo regulatório. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC**, v. 2, n. 12, p. 183-204, set./out. 2014. p. 183).

Como decorrência, verificou-se a abertura normativa à consensualidade sob a óptica do aumento quantitativo da previsão de mecanismos negociais, bem como do alargamento do rol de setores cuja disciplina jurídica passou a prever a atuação administrativa consensual – circunstância esta que projetou uma relevante pauta de alteração de leis administrativas, penais e processuais civis[102].

A partir da edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), a celebração de acordos passou a encontrar relevante amparo no artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985)[103], que costuma ser interpretado como uma espécie de autorização genérica à formalização de compromissos de ajustamento de conduta. Tal previsão consagrou a possibilidade de eventuais ajustes entre os agentes administrativos e os cidadãos-administrados virem a ser firmados extrajudicialmente, sem a necessidade de intervenção jurisdicional.

Em matéria concorrencial, as Leis 8.884/1994[104] e 9.457/1997[105] delinearam os termos de compromisso no setor antitruste e no mercado de valores imobiliários. Apesar de o primeiro desses diplomas normativos ter sido posteriormente revogado pela Lei 12.529/2011, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência e dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, foram mantidas as disposições que autorizam a celebração dos compromissos de cessação de conduta e dos acordos de leniência (previstos nos artigos 85 e 86, respectivamente[106]).

Outro exemplo de diploma normativo voltado à consagração da consensualidade relaciona-se com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Além de manifestar

---

[102] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**, p. 192.

[103] Nos termos do referido dispositivo: "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

[104] O artigo 53 da Lei 8.884/1994 dispunha sobre os requisitos do compromisso de cessão a ser celebrado perante o CADE ou perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE).

[105] O artigo 2º da Lei 9.457/1997 alterou a redação do dispositivo que trata das penalidades a serem impostas pela Comissão de Valores Imobiliários (artigo 11 da Lei 6.385/1976), estabelecendo a possibilidade de suspensão, em qualquer fase, do procedimento administrativo, "se o indiciado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos".

[106] Segundo o artigo 85 da Lei 12.529/2011, "o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei". O artigo 86, por sua vez, traz a seguinte previsão: "O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação".

evidente preocupação com a funcionalidade do processo e com a instituição de procedimentos mais simples e céleres (prazos reduzidos, limitações à interposição de recursos, desnecessidade de assistência por advogado *etc.*), a Lei 9.099/1995 estabeleceu também a prioridade ao encerramento consensual dos litígios[107].

A possibilidade de celebração de acordos foi também positivada por força da Lei 9.656/1998, que autoriza que processos administrativos relacionados às infrações praticadas pelas operadoras dos planos e seguros privados de assistência à saúde sejam suspensos caso o agente infrator assine termo de ajuste de conduta, comprometendo-se a cessar a prática e corrigir as irregularidades verificadas (nos termos do § 2º do artigo 29).

Ao dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto 8.420/2015) reafirmou o cabimento do acordo de leniência nas hipóteses em que o agente lesionador esteja disposto a colaborar com a identificação dos demais envolvidos na infração e com a obtenção de informações e documentos que comprovem a ocorrência do ilícito sob apuração (artigo 16). Indo adiante, o artigo 17 da Lei estabeleceu outra modalidade de acordo, admitindo a sua celebração frente aos ilícitos previstos na Lei 8.666/1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções nela previstas.

Ao longo dos anos, várias das agências reguladoras também passaram a editar regulamentações específicas sobre os módulos convencionais[108], a fim de disciplinar o objeto de eventuais acordos, os requisitos mínimos a serem observados, a autoridade competente para a sua celebração, as cláusulas obrigatórias do ajuste, as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento do compromisso firmado, dentre outros assuntos.

Com o advento da Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil estabeleceu regras que prestigiam o consenso e se destinam a auxiliar e estimular a autocomposição. Institui-se regra expressa no sentido de que "o Estado promoverá, sempre que possível, a

---

[107] Conforme o artigo 2º da Lei 9.099/1995, o processo "orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação".

[108] Resoluções 152/2003, 442/2004 (alterada pelas Resoluções 847/2005 e 3006/2012) e 5083/2016, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; Resoluções 57/2001 e 372/2015, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; Resoluções 53/2011, 32/2012 e 60/2014, da Agência Nacional de Petróleo – ANP; Resolução nº 199/2011, da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC; Resolução nº 629/2013, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Resolução nº 3.259/2014, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (alterada pela Resolução 6/2016). Ressalva-se que a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL também editou ato normativo com vistas a estabelecer os critérios e procedimentos a serem observados para a celebração de compromissos com as concessionárias, permissionárias e autorizatárias (Resolução 333/2008), mas tal regulamentação veio a ser integralmente revogada pela Resolução 712/2016.

solução consensual dos conflitos" (§2º do artigo 3º) – diretriz esta que é endereçada não apenas ao Poder Judiciário, mas também à Administração Pública, enquanto principal "cliente" da prestação jurisdicional[109]. Consequentemente, a plena observância de tal disposição abarca não apenas a possibilidade de composição de interesses no âmbito do litígio, mas também a adoção de postura preventiva frente à sua instauração.

A valorização da solução consensual revela a feição de política pública do referido diploma, que aparenta ter por desígnio a melhoria da qualidade do acesso à justiça e a redução do número de demandas e da morosidade dos processos judiciais, orientando-se a "promover a mudança da cultura do litígio para uma cultura de pacificação social"[110].

Diante desse contexto, o artigo 174 previu a criação, por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de câmaras de mediação e conciliação destinadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. O rol exemplificativo do dispositivo estabelece a possibilidade de se dirimir conflitos envolvendo órgãos ou entidades da Administração (inciso I), bem como de se avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de controvérsias mediante conciliação (inciso II) e de se promover, quando cabível, a celebração de termo de ajustamento de conduta (inciso III). Além de estabelecer obrigação cogente, tal previsão amplia o escopo da consensualidade para todas as esferas da Administração Pública[111].

Não significa, contudo, que eventuais acordos apenas poderão ser firmados no âmbito de tais câmaras ou que a interveniência dos conciliadores e mediadores configura condição inafastável. Ao que se infere, a referida disposição destinou-se apenas a institucionalizar a prática da consensualidade, de forma a esclarecer que o emprego de mecanismos consensuais é plenamente cabível e consiste em solução comum, que não é de

---

[109] REISDORFER, Guilherme F. Dias. A aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil aos processos administrativos. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Processo e Administração Pública**. Salvador: JusPodium, 2016. p. 590.

[110] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; SCHOLZE, Victor. Novo CPC e solução consensual de conflitos na Administração Pública. **Revista Jus Navigandi**, ano 20, n. 4517, nov./2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/44481. Acesso em 13 de fevereiro de 2017. Nesse mesmo sentido, Leonardo Carneiro da CUNHA esclarece que o CPC/2015 demonstra "uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de *julgamento,* mas de resolução de *conflitos*", tendo sido estruturado de forma a "estimular a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a jurisdição como necessariamente a melhor opção para eliminar a disputa de interesse" (Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodium, 2015. p. 49).

[111] Insta salientar que o Decreto 7.392/2010, que dispõe sobre a estrutura da Advocacia-Geral da União, já tratava das Câmaras de Conciliação e Arbitragem e da possibilidade de solução consensual das controvérsias no âmbito da Administração Federal.

modo algum secundária, excepcional ou residual[112]. Qualquer interpretação em sentido contrário representaria verdadeiro retrocesso e iria de encontro aos demais dispositivos do CPC/2015, que privilegiam e incentivam os meios autocompositivos.

Tanto é assim que o artigo 175 deixa claro que as disposições do novo diploma "não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por meio de profissionais independentes", as quais poderão ser regulamentadas por lei específica. Além disso, não há nenhuma regra que aponte para a derrogação das diversas normas esparsas que estabelecem a possibilidade de terminação consensual das controvérsias que envolvem a Administração Pública ou que tenha pretendido condicionar a sua aplicabilidade à observância de requisitos específicos.

Significa dizer que as autoridades administrativas continuam autorizadas a firmar ajustes, independentemente da existência ou da participação de câmaras constituídas com essa finalidade.

Observe-se que, antes mesmo do início da vigência do novo Código, a Lei 13.140/2015 procurou disciplinar a autocomposição de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público, prevendo a possibilidade de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos e reafirmando o cabimento da celebração de termos de ajustamento de conduta destinados à resolução consensual de eventuais conflitos (nos termos do artigo 32 e seguintes). A submissão das controvérsias a tais câmaras é facultativa e será cabível nas hipóteses estabelecidas no regulamento específico de cada ente federado, sendo que eventual acordo que venha a ser firmado constituirá título executivo extrajudicial (§§ 2º e 3º do artigo 32).

Tal diploma normativo modificou também a redação do artigo 1º da Lei 9.469/1997, que regulamenta a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LC 73/1993), para o fim de estabelecer que o Advogado-Geral da União e os dirigentes das empresas públicas federais "poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais". Com a alteração procedida, passou-se a admitir expressamente a celebração de acordos extrajudiciais, tendo sido afastada a limitação quanto ao valor

---

[112] SCHWIND, Rafael Wallbach; e KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Processo e Administração Pública**, p. 338.

envolvido (que havia sido instituída pela Lei 11.941/2009[113]), de forma a permitir a regulamentação da matéria pelas próprias câmaras especializadas.

Em abril de 2017, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei 349/2015, que acrescenta à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público[114]. Dentre as normas gerais propostas, destaca-se o artigo 26, que objetiva justamente introduzir um permissivo genérico à atuação consensual da Administração:

> 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:
> I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;
> II – poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição;
> 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 cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.
> § 2º Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.

Trata-se de previsão de inequívoca relevância. Suas disposições afastam quaisquer dúvidas quanto à ampla margem existente para a celebração de acordos administrativos, consagrando tal modelo de atuação para os órgãos e entes públicos das três esferas federativas e – o que é mais importante – conferindo segurança jurídica aos ajustes firmados.

Com efeito, a crescente positivação de normas que consagram soluções consensuais torna superada a noção de que as pretensões administrativas sempre envolveriam interesses e direitos indisponíveis (não passíveis de transação), evidenciando a consolidação de um ambiente altamente favorável à adoção de mecanismos que primam pelo diálogo e pela composição de interesses.

---

[113] A redação anterior, conferida pela Lei 11.941/2009, previa o seguinte: "Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)".

[114] O texto, que passou a tramitar na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei 7448/2017, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), mas ainda não foi submetido à deliberação.

2.3.2 Os instrumentos de operacionalização da consensualidade

Impende salientar que não há uma classificação unívoca na doutrina no que diz respeito aos diferentes mecanismos consensuais postos à disposição dos agentes administrativos – até mesmo porque novos mecanismos são criados com o passar do tempo. Sem consistir propriamente em uma proposta de sistematização das diversas modalidades de ajustes, as ponderações a seguir destinam-se apenas a apresentá-las, em linhas gerais, a fim de permitir a delimitação do objeto de estudo da presente dissertação[115].

Cumpre ressalvar que, para alguns autores, a consensualidade seria instrumentalizada por meio de toda e qualquer fórmula negocial que envolva a Administração Pública, abrangendo inclusive os mecanismos de participação social[116]. Outros tantos doutrinadores adotam uma concepção menos ampla, procurando dar destaque ao caráter contratual dos instrumentos de operacionalização do consenso[117]. De outra parte, há quem defenda uma visão restritiva da consensualidade, sustentando que a atuação administrativa concertada deve ser interpretada à luz de sua funcionalidade perante os processos administrativos[118].

Ao discorrer sobre os critérios de classificação da atuação consensual, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO toma por base as finalidades imediatas do agir administrativo, concernentes à promoção, realização ou recuperação dos interesses públicos. Enquanto a *promoção* do interesse público estaria vinculada ao exercício das competências administrativas (em abstrato ou em concreto), a sua *satisfação* estaria relacionada à execução das decisões (transformação do ato em fato) e a sua *recuperação* à prevenção ou superação de conflitos.

---

[115] Sob essa perspectiva, e apenas para facilitar a exposição dos instrumentos consensuais, toma-se por base a classificação proposta por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, que é bastante ilustrativa no que se refere à apresentação dos diferentes mecanismos da Administração consensual (Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa, p. 145 e ss.).

[116] Nesse sentido, Gustavo Justino de OLIVEIRA e Cristiane SCHWANKA apontam "a existência de um *módulo consensual na Administração Pública,* como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não-vinculantes, tais como os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios, os consórcios públicos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre diversas outras figuras de base consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública brasileira na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins" (A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública, p. 285). Confira-se ainda: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual. A Audiência Pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 230, p. 237-250, out./dez. 2002; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública, p. 226-239.

[117] É o caso, por exemplo, de Marçal JUSTEN FILHO, para quem os contratos administrativos indicam um gênero do qual os acordos de vontade da Administração Pública são espécie (**Curso de direito administrativo**, p. 301 e ss.).

[118] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade, p. 73.

A partir dessa perspectiva, os instrumentos consensuais poderiam ser catalogados em três grandes grupos: a) consenso na tomada de decisão administrativa; b) consenso na execução administrativa; e c) consenso na solução (e prevenção) de conflitos[119].

O primeiro critério de classificação das modalidades negociais toma a consensualidade como baliza da decisão a ser tomada pelo agente administrativo.

Considerando que a participação dos interessados na formação da vontade estatal consiste em instrumento indispensável para a realização dos valores democráticos, são alçados à condição de instrumentos consensuais aqueles mecanismos que permitem que os diversos interesses contrapostos existentes no seio da sociedade sejam submetidos ao exame público. Permite-se, assim, que a Administração tenha conhecimento acerca dos diferentes pontos de vista envolvidos, estando apta a compatibilizar e acomodar os interesses dos cidadãos-administrados de acordo com a realidade do caso concreto posto sob análise.

Como espécies dessa primeira modalidade, tem-se as consultas e audiências públicas, os plebiscitos e referendos, o debate público, dentre outros[120].

O segundo critério toma em conta o modo de execução das atividades a serem desempenhadas pela Administração Pública. Parte-se do pressuposto de que as competências administrativas podem ser exercidas: diretamente pelos órgãos do Poder Executivo; indiretamente, por meio de entes integrantes da Administração indireta; e de forma associativa, através de mecanismos de colaboração.

Sob esse prisma, a contratualização da atividade administrativa representaria um fator determinante para a ascensão da consensualidade[121]. O esgotamento do modelo tradicional de atuação estatal, delineado a partir de uma estrutura eminentemente hierarquizada e imperativa, teria conduzido ao desenvolvimento de figuras contratuais que primam pelo diálogo e pela negociação.

---

[119] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa, p. 147 e ss.

[120] Ainda de acordo com a lição de MOREIRA NETO, os mecanismos de participação podem ser classificados como coadjuvantes ou determinantes em relação à atuação do Poder Público. A atuação coadjuvante ocorre nas hipóteses em que a Administração abre espaço para a manifestação da opinião dos particulares, mas reserva para si a plenitude da decisão, tal como ocorre no debate público. Já na atuação determinante, de que são exemplos o plebiscito e o referendo, o administrador estará vinculado à decisão final que vier a prevalecer (Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, v. 1, n. 3. p. 35-54 out./dez. 2003. p. 46).

[121] Ainda que se possa afirmar que a consensualidade integra a essência da figura do contrato, é preciso esclarecer que "o espírito do consenso na ação administrativa vai muito além do uso do instrumento convencional propriamente dito. Ou então haveria que se alargar a noção de contrato – ou de convenção – de tal modo que perderia a necessária precisão para efeito tanto de análise teórica, como operacionalidade prática" (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 340-341).

Ganham destaque os contratos de parceria público-privada (Lei 11.079/2004), as concessões de serviços públicos de nova geração (Lei 8.987/1995), com alocações de risco mais flexíveis e consentâneas com o princípio da eficiência, e diversas outras modalidades de contrato encontradas no âmbito das atividades de fomento, regulação e intervenção indireta na economia – dentre elas, os contratos de inovação e incentivo (Lei 10.973/2004), os modelos contratuais de regulação positiva e os acordos regulatórios, bem como os contratos de *joint ventures* e as parcerias institucionais[122]. Ainda à luz da atuação administrativa associativa, tem-se os contratos de gestão celebrados com organizações sociais (conforme a Lei 9.637/1998) e os termos de parceria firmados com as organizações da sociedade civil de interesse público (nos termos da Lei 9.790/1999).

Admite-se também a possibilidade de celebração de ajustes entre os entes estatais, tais como os contratos de gestão federativa associada (consórcios públicos e contratos de programa e de rateio), os convênios e também o chamado contrato de gestão, previsto no artigo 37, § 8º da Constituição Federal.

O último critério de classificação dos mecanismos consensuais parte da premissa de que as novas vias de atuação administrativa também têm por objetivo prevenir e diminuir a litigiosidade. Integrariam esse rol todos aqueles mecanismos que viabilizam a solução consensual de litígios com a Administração Pública, seja em âmbito administrativo ou jurisdicional.

Os instrumentos consensuais de composição de conflitos abrangem as figuras da mediação, conciliação e arbitragem. A despeito da resistência inicialmente manifestada pela doutrina em relação à adoção de tais mecanismos[123], pode-se afirmar que há uma crescente

---

[122] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual, p. 81. Confira-se também: MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. **Revista de Contratos Públicos**, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

[123] Vale dizer que, em um primeiro momento, muito se discutiu se a Administração poderia ou não submeter-se a tais mecanismos de resolução de controvérsias. A consagração de concepções baseadas na indisponibilidade e na supremacia do interesse público conduzia a entendimentos que apontavam para a inviabilidade de os agentes administrativos transacionarem. Afirmava-se que as prerrogativas públicas eram irrenunciáveis e, por conta disso, deveriam ser integralmente exercidas, não podendo ser afastadas senão por meio de decisão jurisdicional (cf. CÂMARA, Alexandre de Freitas. Arbitragem nos conflitos envolvendo as agências reguladoras. **Revista de Direito da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, n. 11, p. 145-155, 2002. p. 149). Em sentido contrário: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 62; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; e JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias Público-Privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: RT, 2005; AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 65.

adesão ao entendimento de que a resolução consensual de controvérsias "é parte de uma promessa estatal de transparência e atualidade"[124].

No tocante à prevenção de conflitos, o agente público poderá valer-se das comissões de conflito e dos acordos integrativos ou substitutivos.

A primeira modalidade abrange os ajustes celebrados com a interveniência de órgãos institucionais constituídos com a finalidade de prevenir e dirimir eventuais controvérsias envolvendo o Poder Público. Mesmo que não se trate propriamente de uma inovação absoluta no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que já há algum tempo se verifica a existência de câmaras que se destinam a mediar conflitos no âmbito da Administração, tal alternativa vem ganhando relevo ao longo dos últimos anos, com a promulgação de novos diplomas normativos acerca da matéria. Como já se viu, a autocomposição de conflitos em âmbito administrativo foi disciplinada pela Lei 13.140/2015, tendo contado também com expressa previsão no Código de Processo Civil.

Os acordos integrativos caracterizam-se pela existência do consenso no processo de formação da decisão estatal. Correspondem aos ajustes firmados no curso de processos administrativos com vistas a permitir a negociação do exercício da prerrogativa imperativa, a fim adequar o provimento final às especificidades do caso concreto e assegurar a composição de interesses dos diferentes sujeitos envolvidos na ação administrativa. Como resultado, tem-se (i) o condicionamento da decisão administrativa a uma obrigação consensualmente estabelecida, (ii) a complementação do provimento final a partir de uma perspectiva negocial ou, então, (iii) a sua adequação mediante a substituição de um ato específico do processo[125].

Sua celebração não tem por consequência a terminação consensual do processo, integrando-se a ele como "verdadeiro ato processual, voltado à emissão de ato imperativo e unilateral pela Administração Pública de forma mais célere ou mais adequada" [126].

Por sua vez, os acordos substitutivos poderão ser empregados nas hipóteses em que se constatar que a decisão administrativa unilateral e imperativa "poderá ser vantajosamente substituída por um *acordo* em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere ou com menores custos"[127].

---

[124] PEREIRA, César A. Guimarães; e TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: **Arbitragem e poder público.** São Paulo: Saraiva. 2010. p. 10.
[125] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**, p. 248.
[126] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**, p. 248.
[127] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa, p. 153. Embora não se discorde propriamente da posição de MOREIRA NETO, reputa-se mais adequado aludir a

Como destaca Pierpaolo GRAUSO, esses acordos carregam em si próprios a disciplina da relação que se estabelecerá entre o agente público e o particular, apresentando-se como um resultado procedimental alternativo aos provimentos administrativos unilaterais[128]. Não se está diante da mera modulação do exercício da prerrogativa imperativa da Administração, tal como ocorre com os acordos integrativos, mas da sua integral substituição por uma solução negociada, definida consensualmente pelas partes.

São justamente esses acordos que integram o objeto da dissertação.

Evidentemente, não é possível reconduzir tal modalidade de ajuste a um único instrumento – o que impede, por conseguinte, que as suas especificidades e características sejam examinadas de maneira exauriente. A título ilustrativo, podem ser tomados como exemplo os termos de ajustamento de conduta (previstos, de forma genérica, na Lei 7.347/1985 e, de forma mais específica, nos diversos atos normativos que disciplinam a atuação das Agências Reguladoras), os compromissos de cessação (nos termos da Lei 12.529/2011), os termos de compromisso (da Lei 6.385/1976, que cria a Comissão de Valores Mobiliários), bem como os acordos de leniência (contemplados na Lei 12.846/2013 e no Decreto 8.420/2015).

Para o que interessa ao presente estudo, cumpre ter em vista que, independentemente da denominação que venham a apresentar, os acordos sob exame correspondem aos efetivamente dotados de natureza convencional em relação ao exercício da função administrativa, consolidando um conjunto de direitos e obrigações vinculante para as partes envolvidas. Não integram a análise os acordos celebrados entre pessoas públicas (convênios), nem tampouco aqueles em que não haja uma verdadeira convenção criadora de situação jurídica[129] (audiências e consultas públicas, referendos e plebiscitos) ou que sejam celebrados no âmbito do exercício de função jurisdicional (arbitragem e conciliação ou transação judicial).

"interesses coletivos". Isto porque há de se reconhecer a existência de "interesses coletivos múltiplos, distintos, contrapostos – todos eles merecedores de tutela por parte do direito", o que conduz ao entendimento de que não há um interesse específico, definível previamente e em abstrato, a ser reputado como supremo, de forma que "a determinação do interesse a prevalecer e a extensão dessa prevalência dependem sempre da avaliação do caso concreto" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 59).

[128] GRAUSO, Pierpaolo. **Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati**. Milão: Giuffrè, 2007. p. 64.

[129] Adiantando-se aqui ideias que serão melhor abordadas mais adiante, a expressão *convenção* é entendida como "uma norma ou ordem criada, em virtude da ordem jurídica, pelas manifestações de vontade concordantes de dois ou mais sujeitos" ou como o procedimento que lhe dá origem (KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 36 – tradução livre).

3 OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO UNILATERAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já se viu anteriormente, a consagração do princípio da eficiência[130], enquanto preceito estruturante do direito administrativo, aliada à convergência de diversos outros fatores que resultam na consolidação de um ambiente favorável ao consenso (tais como a reconfiguração das formas de organização e atuação administrativas, o incremento da participação social nos assuntos públicos, a crescente contratualização da ação administrativa *etc.*), têm por consequência a valorização da dimensão finalística das normas e institutos jurídico-administrativos. A atuação da Administração adquire, cada vez mais, uma postura instrumental à promoção e satisfação das necessidades coletivas.

Partindo do pressuposto de que o exercício das competências estatais não pode ser visto como um fim em si mesmo, passa-se a reconhecer que o desempenho das funções administrativas deve buscar a alternativa que melhor assegure a efetiva consecução dos fins públicos[131].

Admite-se, portanto, que o agente competente deixe de exercer o seu poder unilateral de atuação em prol de outras medidas consideradas mais eficientes ou menos danosas em face do caso concreto e das finalidades buscadas pela Administração Pública – com o intuito de privilegiar, por exemplo, a célere resolução de uma determinada controvérsia, a aderência do particular a um comportamento desejado ou a prevenção da reincidência frente a uma dada conduta reprovável.

Diante dessa conjuntura, os *acordos substitutivos* correspondem aos módulos convencionais que resultam na substituição da prerrogativa unilateral e impositiva da Administração por uma solução consensualmente acordada entre as partes, permitindo que o agente público e o cidadão-administrado definam, de comum acordo, as balizas que irão

---

[130] Sobre as diferentes acepções do princípio da eficiência, confira-se: GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo:** legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 327-351; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. **Interesse Público – IP**, n. 57, p. 11-30, set./out. 2009; e MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 243, p. 22-26, set./dez. 2006.

[131] Como afirmou Enrique Alonso GARCIA: "É irracional que algo que pretenda ser um meio para alcançar um fim, na realidade, não tenha nada a ver com a consecução desse mesmo fim" (La interpretación de la Constitución, p. 207 *apud* OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 226).

reger o seu relacionamento. Trata-se, pois, de uma alternativa ao desempenho imperativo da função administrativa.

Significa que, embora detenha a competência para impor uma determinada situação jurídica (um conjunto normativo, com obrigações juridicamente exigíveis)[132] ao particular, independentemente de consenso, a Administração Pública opta por substituir o exercício desse poder por um acordo de vontades.

Ainda que os diferentes instrumentos de operacionalização dos acordos substitutivos possam apresentar peculiaridades específicas (no que tange ao seu âmbito de aplicação, ao agente competente ou aos requisitos legais e normativos previstos para a sua celebração), todos possuem um traço comum: substituem um provimento administrativo unilateral e imperativo por uma *convenção*.

A expressão *convenção* pode ser interpretada de acordo com duas acepções distintas. Na primeira delas, representa um ato ou procedimento que formaliza o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito, de modo que a conduta desejada subjetivamente passa a ser objetivamente considerada como obrigatória. Na segunda, consiste na norma ou ordem resultante desse procedimento, derivada das manifestações de vontade concordantes das partes envolvidas no ajuste[133-134].

Dando sequência à análise proposta, o presente capítulo destina-se a examinar a natureza jurídica dos módulos convencionais bem como a sua relação com a legalidade.

---

[132] A noção de *situação jurídica* tem por origem as lições de Léon DUGUIT, que trata das hipóteses nas quais normas jurídicas gerais ou individuais são criadas (**Traité de Droit Constitutionnel**, t. 1. 3 ed. Paris: Fontemoing & Cie, 1927. p. 307 e ss.). A questão será melhor abordada a seguir, por ocasião da análise dos acordos substitutivos enquanto mecanismos de criação normativa.

[133] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 36. No original: "Il faut donc distinguer soigneusement: 1º l'acte ou la procédure de la convention; 2º la norme ou l'ordre conventionnel créés par la convention en tant qu'acte ou procédure. L'acte ou la procédure consiste en un accord exprimé des volontés de deux ou plusieurs sujets ayant pour conséquence que la conduit voulue subjectivement par les contractants doit être objectivement considérée comme obligatoire. Selon que l'on entend par le terme: convention (contrat, traité) une procédure déterminée de création de normes ou le produit de cette procédure (norme créée par cette procédure particulière) on peut définir la convention (le contrat, le traité) soit : la création de normes par les manifestations de volonté concordantes de deux ou plusieurs sujets ; soit une norme ou un ordre créé, en vertu de l'ordre juridique, par les manifestations de volonté concordantes de deux ou plusieurs sujets".

[134] Em obra dedicada à teoria do contrato administrativo, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA esclarece o pensamento da doutrina francesa no que diz respeito à distinção entre a convenção como gênero e o contrato como espécie. Com base nas lições de POTHIER e DOMAT, o autor destaca que a noção de contrato é concebida com vistas a abarcar as hipóteses de criação de obrigações jurídicas, deixando de abranger os atos voltados à modificação ou à extinção de obrigações. Embora ressalve que tal distinção está ligada à tradição doutrinária daquele país e possua pouca relevância em termos de teoria ou prática jurídica, reconhece que pode ter produzido consequências desfavoráveis, permitindo a fixação do pensamento "de que nem todo acordo de vontades com a finalidade de se produzirem efeitos jurídicos, é um contrato" – o que se torna um problema ante a ausência de análise quanto ao regime jurídico incidente frente a uma determinada convenção (**Contrato administrativo**, p. 56-59).

Considerando os objetivos do presente trabalho, e tendo em vista que a teoria geral do direito usualmente analisa os atos jurídicos sob a ótica da sua unilateralidade ou bilateralidade, procurar-se-á verificar em que medida tais acordos se compatibilizam com as transações (nos termos do Código Civil), com os atos administrativos em sentido estrito ou com os contratos propriamente ditos. Pretende-se demonstrar, com isso, a natureza eminentemente convencional dos acordos substitutivos da decisão unilateral da Administração.

3.1 A NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS

Já dizia MASAGÃO, em sua tese sobre as concessões de serviço público publicada em 1933, que "tratar a natureza jurídica de um instituto é ferir seu núcleo vital, porque do ponto de vista que a respeito se adote, decorrem consequências decisivas quanto a todos os problemas que surgem na matéria"[135].

Tomando as lições do referido autor como premissa, Edmir Netto de ARAÚJO igualmente pondera que as consequências jurídicas de determinado instituto dependem essencialmente da caracterização que se lhe pretende conferir[136].

Evidentemente, a investigação relativa à natureza jurídica dos acordos substitutivos justifica-se por si só. Caso se conclua que tais ajustes podem ser enquadrados como espécies de transação civil ou de ato administrativo em sentido estrito, as decorrências serão completamente distintas das que sucederão se forem caracterizados como contratos.

Além da relevância de tal análise frente ao adequado delineamento do objeto de estudo da presente dissertação, o exame da matéria contribui também para a identificação do regime jurídico aplicável a estes instrumentos de atuação.

Num primeiro momento, as concepções teóricas do direito administrativo estruturaram-se em torno da distinção entre as noções de público e privado[137]. Enquanto o

---

[135] MASAGÃO, Mario. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 5 *apud* ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: RT, 1992. p. 173.

[136] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**, p. 173.

[137] Como sintetizou Sabino CASSESE: "O direito administrativo nasce do reconhecimento da inadequação do direito privado, por conseguinte, como direito derrogatório" (Tendenze e problemi del diritto amministrativo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 4, p. 901-912, 2004. p. 908). Segundo a concepção de André HAURIOU: "Se quisermos resumir em uma fórmula a marcha geral do direito privado, civil ou comercial, podemos dizer que essas disciplinas *se dedicam a manter a balança igual entre as partes*. Ao contrário, o direito administrativo é uma disciplina *que não mantém a balança igual entre as partes*. [...] Portanto, em virtude da possessão dos direitos de autoridade pública, da prerrogativa de ação própria e de uma dominação incontestável sobre as normas de direito, ocupam as administrações públicas posição de superioridade muito evidente, em relação aos administrados, comportando-se a respeito deles de maneira inteiramente diversa dos

direito público estaria associado "ao Estado e seus agentes, à defesa do interesse público e a um modo de agir imperativo e unilateral típico do poder soberano", o direito privado estaria relacionado "ao regramento dos interesses privados e a um modo de agir consensual e bi (ou pluri) lateral típico de sujeitos em pé de igualdade"[138].

Ocorre que a dicotomia inicialmente afirmada pela doutrina vai perdendo força. Não bastasse a nítida influência do direito privado na própria origem e desenvolvimento de institutos tradicionais do direito público[139], cada vez mais se verifica a existência de áreas de confluência entre os dois ramos jurídicos, na medida em que a Administração se vê obrigada a buscar meios mais hábeis e eficientes para a consecução de suas finalidades[140].

Conforme aponta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, verifica-se uma fase de duplo movimento: de um lado, os agentes administrativos passam a exercer suas funções através de mecanismos de gestão privada, em uma tendência "que se poderia chamar de *privatização do direito público*"; de outro, "intensifica-se o movimento oposto, de *publicização do direito privado*", na medida em que o Estado passa a intervir nas relações privadas por meio de normas publicísticas, imprimindo função social e manifestando evidente preocupação com a perseguição dos interesses da coletividade. Nas palavras da autora, a "convergência do público e privado realça a universalidade do direito, a sua indivisibilidade em partes estanques, a comunicabilidade das normas, princípios e institutos"[141].

Há que se reconhecer, portanto, a existência de uma fronteira flexível, que deve ser interpretada de modo relativo[142].

---

indivíduos entre si na esfera do direito civil" (A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 1, n. 2, p. 465-473, abr.1945. p. 466-467).

[138] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 108. Sobre a origem da dicotomia contratos administrativos e contratos privados: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de derecho administrativo**. 14 ed. Madri: Civitas, 2008. p. 690 e ss.; e ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 22 e ss.

[139] A propósito, verifique-se: SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 78, p. 1-25, out./dez. 1964.

[140] ESTORNINHO, Maria João. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999. p. 379.

[141] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7-8.

[142] Léon DUGUIT já havia ponderado que a distinção entre tais ramos possui um caráter didático, mas não autoriza uma separação estanque entre o direito público e privado: "Entretanto nós temos que pôr o leitor em guarda contra uma doutrina ou mais ainda uma tendência que tem hoje grande crédito: ela consiste em estabelecer uma separação absoluta, uma espécie de muro inquebrável entre o direito público e o direito privado, a afirmar que as noções que são verdadeiras nas relações entre particulares entre si, deixam de ser verdadeiras quando pretendemos aplicá-as às relações os governantes e seus agentes ou entre os governantes e os particulares. [...]. Nós não podemos admitir uma distinção assim concebida entre direito público e direito privado" (**Manuel de Droit Constitutionnel**, p. 43 – tradução livre). Ao que se infere, a posição do autor decorre da negativa ao caráter soberano do Estado, na medida em que o regime administrativo teria o serviço público como elemento caracterizador – e não a noção de autoridade decorrente da *puissance publique.* Para DUGUIT, a distinção entre direito público e privado residiria no modo de incidência da sanção: se, por um

A pertinência de tais ponderações decorre da aparente dificuldade de enquadramento dos acordos substitutivos frente aos tradicionais instrumentos de atuação administrativa. Não há um consenso em relação à natureza jurídica desses ajustes – e, por conseguinte, no que diz respeito ao regime jurídico a eles aplicável.

Os apontamentos a seguir apresentados procuram contribuir para a reflexão acerca do tema, sem que se tenha, logicamente, a pretensão de exaurir o enfrentamento da matéria ou de se proceder ao exame dos acordos em questão sob a ótica de todas as diferentes categorias jurídicas existentes. Como se pretende esclarecer, as peculiaridades inerentes a tais mecanismos de ação denotam a sua essência convencional, determinando a incidência de um regramento compatível com esta característica.

3.1.1 Os acordos substitutivos como transações civis ou híbridas

Cumpre observar que, para uma parte da doutrina, os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral correspondem a negócios jurídicos regidos pelo direito privado. De forma mais específica, representariam verdadeiras *transações*, o que atrairia a aplicabilidade dos preceitos normativos que disciplinam as transações civis (constantes dos artigos 840 a 850 do Código Civil[143]).

3.1.1.1 A equiparação dos módulos convencionais substitutivos da decisão administrativa às transações disciplinadas pelo Código Civil

Ressalve-se que o entendimento ora abordado é, na grande maioria das vezes, manifestado por ocasião da análise atinente à natureza jurídica dos termos de ajustamento de conduta. Inobstante a isso, parece não haver óbice à extensão dessa mesma orientação às

---

lado, o Estado detém o poder de impor sanções e exigir condutas independentemente do recurso à via judicial, por outro, os particulares dependem necessariamente da intervenção estatal para fazer valer uma relação de direito entre eles estabelecida.

[143] De acordo com o Código Civil, é lícito que os interessados previnam ou terminem litígios mediante concessões mútuas (artigo 840), desde que a transação tenha por objeto direitos patrimoniais de caráter privado (artigo 841). O artigo 842, por sua vez, prevê a forma a ser observada, estabelecendo que a transação poderá se dar por escritura pública, nos casos em que a lei assim exigir, por instrumento particular, quando admitido, ou por termo nos autos, nas hipóteses em que abranger direitos contestados em juízo. Além disso, o acordo firmado deverá ser interpretado restritivamente (artigo 843) e não aproveita ou prejudica aqueles que não participaram do ajuste (artigo 844). A disciplina constante do artigo 845 trata da evicção e dos direitos do evicto, na hipótese que em a coisa for renunciada por um dos transigentes. De mais a mais, os artigos 846 e 847 tratam da impossibilidade de extinção da ação penal pública, bem como da admissibilidade de se estabelecer pena convencional. Os dispositivos seguintes (artigos 848 a 850) fixam o regramento a ser observado em relação à eventual nulidade da transação.

demais espécies de módulos convencionais substitutivos, posto que o elemento que os caracteriza – qual seja, a substituição da decisão unilateral da Administração por um acordo que formaliza a solução consensualmente ajustada entre as partes público e privada – é comum ao dos TACs.

É essa a posição de Ada Pellegrini GRINOVER, segundo a qual os compromissos de cessação de prática (celebrados no âmbito do CADE) e os termos de ajustamento de conduta (previstos na Lei de Ação Civil Pública) consistem em "modalidades de *transação, sujeita a condição resolutiva*". Tais ajustes estariam integralmente submetidos à disciplina do Código Civil até que se verifique o devido cumprimento das obrigações assumidas pelas partes. Em contrapartida, "se houver descumprimento do compromisso assumido pelo transator, a transação perderá a eficácia, tendo como consequência a retomada do curso do processo administrativo" [144].

Sob esse prisma, os acordos teriam por finalidade assegurar a suspensão do processo administrativo enquanto o compromisso celebrado entre a Administração Pública e o particular estiver sendo cumprido e, ao final, viabilizariam o seu arquivamento, caso atendidas as condições estabelecidas por meio do pacto.

Nesse mesmo sentido é a lição de Rodolfo de Camargo MANCUSO. De acordo com o autor, o acordo se destina a permitir a solução consensual de uma dada controvérsia e o consequente encerramento do processo administrativo ou do inquérito civil, resultando no afastamento da lide sobre a qual poderia recair eventual prestação jurisdicional[145].

Hugo Magro Corrêa URBANO também compartilha desse entendimento. A seu ver, a transação que substitui o provimento administrativo unilateral nada mais é do um negócio jurídico típico de direito privado, correspondendo "a um mecanismo de autocomposição, em que as partes pública e privada compõem a situação bilateralmente, chegando a um consenso sobre a sua solução"[146].

Para uma segunda parcela da doutrina, apesar de tais instrumentos serem em grande parte regidos pelo Código Civil, sua natureza privatística sofreria restrições em virtude da necessária observância aos princípios de direito público. Diante disso, estar-se-ia diante de uma figura *sui generis* de transação.

---

[144] GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, p. 187-197, 2009. p. 195.
[145] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 8 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 238-246.
[146] URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A transação no direito antitruste brasileiro. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011. p. 280.

Essa é a orientação de Ana Luiza de Andrade NERY. Primeiramente, a autora destaca a característica negocial dos ajustamentos de conduta:

> Nessa esteira, o compromisso de ajustamento de conduta seria *negócio jurídico bilateral,* em que se reconhece, em seu bojo, a finalidade de adquirir, modificar ou extinguir direitos, por meio da negociação das partes consubstanciada na transação. Daí afirmar-se corretamente que o que se busca com a celebração do ajustamento é a construção do consenso, concretizada por meio do acordo[147].

Todavia, logo em seguida, NERY esclarece que tais acordos devem ser diferenciados das transações *stricto senso*, uma vez que conjugam a manifestação de vontade dos particulares (regida pelo direito privado) com a manifestação de vontade dos agentes da Administração (que deve obrigatoriamente observar os princípios de direito público).

Consequentemente, os ajustes possuiriam natureza jurídica de "*transação híbrida*", porque, para cumprir os requisitos do negócio jurídico, devem respeitar tanto a principiologia do direito público como a do direito privado – característica esta que os diferenciaria da transação pura e simples, prevista no artigo 840 e seguintes do Código Civil, atribuindo-lhes um caráter *sui generis*[148].

A despeito disso, a autora ressalva que essas peculiaridades "*não possuem o condão de alterar a natureza privada do negócio*, nem tampouco lhe retiram a característica transacional", eis que restam preservadas as concessões mútuas que as partes fazem conjuntamente em prol da formalização do acordo[149].

Não é outra a lição de Geisa de Assis RODRIGUES, para quem as particularidades a serem observadas em decorrência da incidência do regime de direito público são incapazes de afastar a natureza dos compromissos de ajuste de conduta enquanto negócios jurídicos tipicamente privados[150].

Observe-se, entretanto, que o paralelo traçado pela doutrina em relação às transações civis é invocado mais com o intuito de justificar a possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos do que em razão da sua compatibilidade com os módulos convencionais de

---

[147] NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta:** teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2012. p. 160.

[148] NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**, p. 162. Nesse mesmo sentido, ao tratar da natureza *sui generis* de tais acordos, Daniel Roberto FINK pondera que o termo de ajustamento de conduta "se constitui em verdadeira transação, aplicando-se-lhe as normas referentes a esta. Ainda, pela sua bilateralidade, se constitui em contrato, aplicando-se-lhe, também, todas as normas aplicáveis aos contratos" (Alternativas à ação civil pública ambiental. In: MILARÉ, Édis [Coord.]. **Ação civil pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 119).

[149] NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**, p. 163.

[150] RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 138.

que os agentes estatais lançam mão como alternativa a uma decisão unilateral. As referências a tal instituto aparentam querer suprir a ausência de um permissivo genérico que autorize, de forma explícita e abrangente, a atuação administrativa consensual.

3.1.1.2 As dificuldades decorrentes do posicionamento manifestado

Ocorre que a classificação do acordo substitutivo como espécie de transação disciplinada pelo direito privado encontra algumas dificuldades, mesmo que se considere a submissão aos princípios de direito público e o caráter híbrido proposto por uma parcela dos doutrinadores.

As disposições constantes do Código Civil (artigos 840 a 850) foram concebidas com vistas a disciplinar as relações jurídicas patrimoniais, individuais e disponíveis. Diante desse enfoque prisma, não há justificativa para que se pretenda submeter os acordos celebrados entre a Administração e os particulares, que nem sempre possuem expressão patrimonial quantificável e envolvem a negociação – e, por vezes, a própria derrogação do exercício[151] – de prerrogativas públicas imperativas, a esse mesmo regramento[152].

Também não é razoável que se desconsidere a intenção manifestada pelo legislador.

É pouco provável, por exemplo, que se tenha desejado equipar a figura do compromisso de ajustamento de conduta previsto na Lei de Ação Civil Pública às transações do Código Civil. Caso contrário, haveria expressa previsão nesse sentido, sem que fosse

---

[151] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, v. 08, n. 31, p. p. 51-68, out./dez. 2010. p. 53.

[152] É esse o posicionamento manifestado por David Pereira CARDOSO, ao examinar as transações previstas na Lei das Ações Civis Públicas. Outra das dificuldades elencadas pelo autor corresponderia ao fato de que as formas concertadas de atuação administrativa não implicam propriamente no afastamento dos atos unilaterais e imperativos, uma vez que estes continuariam à disposição da Administração, que manteria sua posição de autoridade frente ao particular (Os acordos substitutivos do Direito Administrativo. Negócio jurídico privado, contrato de direito público ou ato administrativo bilateral? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 13, n. 49, p. 59-77, jan./mar. 2015. p. 67). No entanto, esse ponto de vista acaba por conduzir à desnaturação dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral. Como se registrou anteriormente, tais módulos convencionais caracterizam-se justamente pela substituição da prerrogativa unilateral e impositiva do agente público em prol de uma solução consensualmente ajustada entre as partes, de modo que não se afigura razoável que, mesmo após a celebração do acordo, a Administração possa simplesmente mudar de ideia e recorrer a mecanismos imperativos de atuação. O assunto será examinado com maior detalhamento a seguir, por ocasião da análise atinente à vinculatividade dos acordos (capítulo 4), mas ressalva-se desde logo que a manutenção do poder extroverso apenas se justifica no âmbito dos espaços de dissenso – isto é, na esfera daqueles aspectos que eventualmente, e por vontade das partes, deixaram de ser abrangidos pelo acordo. Excetuada essa hipótese, o administrador apenas poderia cogitar da retomada do ato unilateral caso constatasse o descumprimento do ajuste por parte do sujeito privado.

necessário esclarecer textualmente que tal acordo "terá eficácia de título executivo extrajudicial" (conforme dispõe a parte final do § 6° do artigo 5º da Lei 7.347/1985).

Juliana Bonacorsi de PALMA compartilha desse posicionamento, ressalvando que não é viável "sujeitar os acordos administrativos à disciplina civilista, cujo instrumento da transação civil se destina a questões próprias do direito civil", inclusive porque inexiste "previsão normativa expressa que determine a aplicação subsidiária das normas de direito civil à atuação administrativa consensual"[153].

É possível cogitar, ademais, de dificuldades relacionadas à própria repartição de competências legislativas.

Inexistem controvérsias quanto ao caráter essencialmente contratual das transações[154]. Tanto é assim que o Código Civil insere os dispositivos que disciplinam o instituto entre os contratos em espécie.

No entanto, e como explica Romeu Felipe BACELLAR FILHO, tendo em vista que a União dispõe de competência privativa para disciplinar apenas as normas gerais envolvendo as contratações de que faz parte a Administração (nos termos do artigo 22, inc. XXVII, da Constituição Federal[155]), "a incidência do Código Civil, legislação elaborada pela União, restringir-se-á às normas de caráter principiológico (enquanto normas gerais)"[156].

Assim sendo, a menos que se repute que a disciplina normativa aplicável às transações civis tem caráter de norma geral – o que não parece ser o caso – é necessário afastar a sua incidência frente às diferentes modalidades de acordos substitutivos. A complexidade do agir consensual do Poder Público não se revela compatível com tal regramento.

---

[153] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**, p. 115 (nota de rodapé). Cabe salientar, entretanto, que a ponderação atinente à ausência de previsão normativa para a aplicação das normas civilistas comporta certas ressalvas. Apesar das peculiaridades que os caracterizam, os acordos substitutivos consistem em figuras reconduzíveis à determinada categoria jurídica (ver item 3.1.3, abaixo), sujeitando-se a um regramento geral que incide independentemente da natureza pública ou privada das relações travadas. Guardadas as especificidades que lhes são inerentes, tais ajustes devem observar as disposições do Código Civil no que diz respeito aos princípios e normas gerais.

[154] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 297 e ss.

[155] "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: […] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III".

[156] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 175.

3.1.2 Os acordos substitutivos como atos administrativos

Identifica-se, de outra parte, uma certa tendência de parcela da doutrina em considerar os acordos substitutivos da decisão unilateral da Administração como *atos administrativos* propriamente ditos.

3.1.2.1 O enquadramento dos módulos substitutivos como atos administrativos

Logicamente, não se trata aqui dos atos administrativos concebidos segundo certas formulações doutrinárias tradicionais, entendidos como expressão da autoridade do agente estatal, cuja vontade seria manifestada por meio de atos unilaterais fundados no exercício de sua supremacia[157].

Os atos administrativos sob exame derivam da paulatina reconfiguração da visão clássica, que tem como vetores a processualidade administrativa (e a consequente permeabilidade aos diferentes interesses a serem considerados no momento de produção do ato), a consagração de uma sistemática de controle ampliada e mais responsiva (preocupada em sopesar efeitos e ponderar resultados), bem como a própria consolidação de um cenário favorável à consensualidade e à busca por soluções negociadas[158].

Nesse passo, entenda-se por ato administrativo a "manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa", consubstanciada no conjunto de poderes destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados à promoção dos direitos fundamentais[159].

Tratando dos acordos firmados pelas agências em âmbito regulatório, Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho ARRUDA CÂMARA classificam estes ajustes como espécies de "atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo e extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa"[160].

Conforme o seu entendimento, o acordo substitutivo consubstancia-se em um ato que formaliza a modulação, em concreto, das possíveis consequências decorrentes de uma determinada conduta legalmente definida como infracional.

---

[157] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 173-174.
[158] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista, p. 108 e ss.
[159] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 219.
[160] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011. p. 133.

Em face desse panorama, ainda que tenha por base uma negociação havida entre a autoridade administrativa e o sujeito que praticou o comportamento investigado, a constituição e os condicionamentos do acordo (enquanto ato bilateral) derivariam diretamente do regramento aplicável ao ato administrativo unilateral que é por ele substituído[161] – circunstância esta que, de acordo com o seu ponto de vista, justificaria o enquadramento do ajuste como um ato administrativo propriamente dito.

Vasco Manuel Pascoal Dias PEREIRA DA SILVA também considera que o acordo de vontades existente entre as partes público e privada não é por si só suficiente para afastar a caracterização de um ato administrativo.

Para o autor português, mesmo que se esteja diante de relações de concertação entre a Administração e os particulares, o ato emanado deve continuar sendo qualificado como uma forma de atuação administrativa unilateral, uma vez que a sua eficácia decorre diretamente da manifestação de vontade do administrador público. A despeito disso, ressalva que a tradicional teoria do ato administrativo demonstra-se insuficiente para explicar todas as peculiaridades inerentes às relações consensuais, o que determina uma análise mais ampla das relações jurídicas administrativas[162].

Após destacar a dificuldade de se definir a natureza jurídica de tais mecanismos de atuação (enquanto atos administrativos, contratos administrativos ou, ainda, uma nova modalidade dotada de caráter misto), PEREIRA DA SILVA esclarece que o agir administrativo contemporâneo não se apresenta mediante uma forma conceitualmente pura, passando a combinar aspectos unilaterais e contratuais. Na sequência, invoca as lições de Georges DUPUIS para concluir que o acordo estabelecido entre a Administração e os particulares terá natureza jurídica de ato administrativo sempre que os direitos e obrigações dele decorrentes se impuserem aos sujeitos privados independentemente do seu consentimento, na medida em que a decisão poderia ser emitida (ainda que com conteúdo diverso) mesmo na ausência do ajuste[163].

Eis um trecho bastante ilustrativo do entendimento manifestado pelo autor no que diz respeito às relações de concertação que se estabelecem entre os agentes estatais e os particulares:

---

[161] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias, p. 134.
[162] PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**, p. 471.
[163] PEREIRA DA SILVA Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**, p. 473-475.

> E enquanto que alguns autores se interrogam se não há que se falar aqui, pelo menos parcialmente, do surgimento de uma nova categoria de actos, de caráter misto, a maioria da doutrina parece inclinar-se para continuar a qualificar como actos administrativos essas actuações unilaterais concertadas, com o argumento de que a existência de aspectos, ou de "momentos" (se se quiser adoptar uma perspectiva dinâmica) contratuais não se põe em causa a sua natureza essencialmente unilateral.
> Essa última posição parece-me ser igualmente a mais correcta, dado que a "fonte de validade" (e de eficácia) de tais decisões não é o consenso das partes, mas a manifestação de vontade unilateral da Administração, independentemente de se saber se as autoridades administrativas e os particulares se puderam ou não previamente de acordo acerca do seu conteúdo (em parte, ou no todo). Conforme escreve DUPUIS, «o que é essencial é que as normas unilaterais se imponham aos sujeitos "independentemente do seu consentimento"», e não que os particulares afectados tenham estado ou não de acordo com essa decisão, «pois ela não deixaria de regular a sua conduta se eles não lhe tivessem dado o seu acordo»[164].

Tal orientação é compartilhada por Andreia Cristina BAGATIN, que aponta que os acordos substitutivos devem ser reconduzidos "à categoria geral dos atos administrativos", visto que derivam do exercício negociado de competências que poderiam ser unilateralmente desempenhadas pelo administrador público. Como decorrência, esses ajustes estariam submetidos ao regime jurídico geral dos atos administrativos, mas contariam com o robustecimento das garantias do cidadão-administrado no que tange à manutenção do compromisso que a Administração escolheu firmar[165].

3.1.2.2 A inafastável relevância do acordo de vontades

Entretanto, a visão defendida pelos autores supramencionados acaba por colocar o acordo de vontades em segundo plano, subtraindo-lhe a importância no que se refere à definição das condições que irão disciplinar o relacionamento existente entre as partes.

A vontade do particular teria um certo relevo apenas por ocasião da formação da convicção do agente estatal, mas não integraria propriamente o conteúdo do ajuste, pois a decisão da Administração continuaria sendo unilateral. Parte-se do pressuposto de que o provimento administrativo produziria efeitos *ex lege,* sem que se admita a possibilidade de as consequências jurídicas virem a ser voluntariamente delineadas pelos sujeitos público e privado a partir do consenso.

---

[164] PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**, p. 474-475. .

[165] BAGATIN, Andreia Cristina. A Natureza Jurídica dos "Acordos" Previstos pela Lei 8.884/94. In: MOREIRA, Egon Bockman; e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 199-200. Nesse mesmo sentido: CARDOSO, David. Pereira. Os acordos substitutivos do Direito Administrativo, p. 69.

Mesmo aqueles que tomam os acordos substitutivos como atos bilaterais, como é o caso de SUNDFELD e ARRUDA CÂMARA, não parecem fazê-lo sob a perspectiva de que tais atos caracterizariam verdadeiros negócios jurídicos.

O posicionamento manifestado acaba por aproximar os acordos sob análise da figura do acordo integrativo previsto na legislação italiana. Este último tem por finalidade acelerar a fase executiva de um ato administrativo praticado pela via não consensual, permitindo a sua adequação às especificidades do caso concreto e estabelecendo o modo de exercício da autoridade estatal, sem substituir o provimento final por uma solução negociada[166].

Não se ignora a possibilidade de celebração de acordos integrativos no direito brasileiro[167]. Mas não se afigura adequado equipará-los aos módulos substitutivos da decisão administrativa unilateral, nos quais o acordo de vontade das partes exerce papel fundamental ante o estabelecimento da situação jurídica criada.

Note-se que, via de regra, os autores que classificam os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral como atos administrativos não negam a natureza contratual que os permeia[168].

Luciano Parejo ALFONSO introduz sua abordagem ressalvando que o caráter contratual é inerente aos acordos celebrados entre a Administração Pública e os particulares, dando origem a uma nova categoria de atos administrativos:

> Estes últimos atos [substitutivos do provimento administrativo unilateral], que representam, como digo, uma rigorosa e em princípio positiva novidade, são

---

[166] "Esses [acordos de integração] desempenham claramente uma função de aceleração da fase executiva de um ato administrativo adotado por via não consensual, permitindo a realização de um acordo ao menos no momento executivo do procedimento". No original: "Essi svolgono chiaramente una funzione di accelerazione della fase esecutiva de un atto amministrativo adottato per via non consensuale, permettendo il raggiungimento di un accordo almeno nel momento esecutivo della procedura" (DAMONTE, Roberto. **Atti, accordi, convenzioni nella giustizia amministrativa**, p. 18).

[167] Segundo Juliana Bonacorsi de PALMA, a principal funcionalidade de tais acordos relaciona-se com a concessão de autorizações administrativas, nos casos em que a Administração condiciona o ato autorizativo à observância de determinadas condicionantes. A autora toma como exemplo a hipótese contemplada no § 3º do artigo 42 da Lei 8.987/1995 (com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.445/2007), em que se admite a celebração de acordo integrativo entre o Poder Concedente e a concessionária com vistas a definir os critérios e a forma de indenização de créditos remanescentes de investimentos não amortizados ou depreciados (**Sanção e acordo na Administração Pública**, p. 249-250).

[168] Em sentido contrário: MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 11, n. 41, p. 93-110, jan./mar. 2006. A despeito de indicar que "o acordo derivado do compromisso de ajustamento de conduta representa um ato administrativo negocial", o autor não admite a existência de um caráter propriamente convencional, ressalvando que o ajuste consubstancia mera "declaração de vontade da Administração Pública coincidente com a do particular (que concorda em conformar a sua conduta às exigências legais)" (Op. cit., p. 104). De acordo com essa perspectiva, não haveria um efetivo acordo de vontades entre as partes público e privada – mas, sim, a simples aquiescência do destinatário do ato com a vontade manifestada pela autoridade administrativa.

> reconduzidos à atividade unilateral por seu regime de produção (no contexto de um procedimento que igualmente poderia ter sido concluído mediante um ato unilateral), sendo referenciados à bi ou multilateralidade por seu resultado, que, em última análise, é um acordo, pacto, convênio ou contrato. Sem prejuízo de que este, ou seja, o resultado (um negócio jurídico bi ou multilateral) deva incidir de forma importante em seu regime jurídico de fundo, não se pode desconsiderar a especificidade deste em relação aos contratos administrativos em sentido estrito, posto que os atos consensuais não podem confundir-se com eles: são, propriamente, atos administrativos[169].

Partindo dessa premissa, o doutrinador espanhol define o ato administrativo consensual como "um negócio jurídico de caráter contratual e uma forma alternativa de desenvolvimento da atividade administrativa unilateral"[170]. Na sua concepção, é a origem da competência manifestada (notadamente caracterizada por uma potestade administrativa passível de ser unilateralmente exercida, independentemente do consenso entre as partes) que determinaria a diferenciação entre tais acordos e a figura do contrato em sentido estrito[171].

Ao examinar a atuação administrativa à luz da consensualidade, Vitor Rhein SCHIRATO e Juliana Bonacorsi de PALMA igualmente enquadram os acordos substitutivos como espécies de atos administrativos. No entanto, o fazem sob perspectiva diversa daquela manifestada pelas demais formulações doutrinárias acima examinadas.

Segundo o seu entendimento, a bilateralidade não afasta de um ato jurídico a sua característica de ato administrativo. Os atos administrativos são dotados de um caráter material (na medida em que exarados no âmbito do exercício de uma função administrativa típica) e de um caráter formal (dependem de forma específica prevista em lei), de modo que a unilateralidade apenas os caracterizará nas hipóteses em que a lei assim dispuser expressamente. Por conseguinte, a natureza jurídica do ato será definida a partir do seu conteúdo e não de sua forma[172].

---

[169] ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 3, n. 13, p. 11-43, jul./set. 2003. p. 11 (tradução livre).

[170] ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español, p. 25 (tradução livre).

[171] Essa orientação é, de certa forma, compartilhada por Stefania VASTA. Embora classifique os acordos substitutivos como atos administrativos propriamente ditos, na medida em que relacionados ao exercício de potestades administrativas, a autora italiana reconhece que tais ajustes sujeitam-se tanto ao regime jurídico dos atos como ao dos contratos (**La revoca degli atti amministrativi consensuali.** Parma: CEDAM, 2004. p. 63-69).

[172] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade, p. 78-79. Porém, há quem diga que, mesmo nos atos administrativos bilaterais ou que se assemelham aos negócios jurídicos, a manifestação de vontade do administrado consistiria apenas numa condição de eficácia para o ato administrativo, o que não significa que tenha contribuído efetivamente para a definição do conteúdo do provimento (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 222-223).

Depois de ressalvar que os acordos relacionados ao exercício do poder extroverso poderiam ser enquadrados como contratos administrativos *lato sensu,* os autores esclarecem que optam por utilizar-se da expressão "ato administrativo bilateral" para se referir aos ajustes, pois reputam que a nomenclatura "contrato administrativo" tende a ser associada "à ideia de contratos celebrados para a Administração Pública para a aquisição de bens e serviços e que estão sujeitos ao regime especial previsto na Lei 8.666/93"[173] – o que, em última análise, atrairia a incidência de uma disciplina que não é aplicável aos mecanismos consensuais de atuação administrativa.

Registre-se que a abordagem deste ponto de vista apenas foi mantida no presente item por uma questão de semântica. A rigor, SCHIRATO e de PALMA reconhecem que os atos administrativos bilaterais nada mais são do que contratos pertencentes ao gênero dos negócios jurídicos[174], de forma que o seu posicionamento alinha-se às ponderações apresentadas a seguir.

3.1.3 Os acordos substitutivos como contratos

Por fim, há um terceiro posicionamento doutrinário que classifica a figura dos módulos substitutivos da decisão unilateral como *contratos.*

3.1.3.1 As ressalvas apresentadas quanto ao caráter contratual dos acordos substitutivos

A natureza contratual dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral é usualmente negada sob o argumento de que a Administração Pública não poderia abrir mão do exercício de suas competências, sob pena de disposição dos interesses cuja tutela lhe incumbe[175].

Mas não é razoável que se pretenda afastar tais ajustes da figura do *contrato* com base no princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

---

[173] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade, p. 79.

[174] "Demais disso, deve-se aclarar que os atos administrativos bilaterais além de pertencerem ao gênero negócios jurídicos, pertencem à espécie dos contratos. Isto ocorre em razão dos elementos intrínsecos do negócio jurídico a ser estabelecido entre as partes (Administração Pública e particulares). Não se trata de negócio jurídico considerado *lato sensu,* mas uma espécie determinada de negócio jurídico que se consubstancia em um acordo de vontades que forma um liame jurídico vinculante às partes, apto a produzir efeitos jurídicos" (SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade, p. 82).

[175] "O compromisso de ajustamento de conduta não tem natureza contratual, pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição" (MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta, p. 105).

Em primeiro lugar, a própria noção de interesse público deve ser interpretada com cautela. Adota-se, aqui, o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, no sentido de que a existência de uma pluralidade de interesses protegidos juridicamente, a proteção aos direitos subjetivos e a inviabilidade de definição de um interesse prevalente definível em abstrato determinam a rejeição da "*concepção de interesse público como o critério fundamental do direito administrativo, o qual se estrutura sob os fundamentos do procedimento democrático e dos direitos fundamentais*"[176].

Em segundo lugar, a celebração do acordo de vontades não importa em renúncia frente ao exercício de competências nem tampouco em omissão quanto ao desempenho de poderes estatais.

A solução consensual corresponde tão somente à adoção de um determinado procedimento de decisão. Ao invés de decidir unilateralmente e de ofício, a Administração prefere contar com a colaboração do destinatário do provimento administrativo para compor o conjunto de direitos e obrigações que irá pautar o relacionamento existente entre as partes[177].

Como se não bastasse, há que se ter em mente que o exercício de quaisquer competências administrativas (inclusive daquelas que envolvem prerrogativas unilaterais e imperativas de atuação) apenas se justifica no contexto do desempenho de uma função orientada ao alcance das finalidades públicas.

O mesmo ocorre no que diz respeito aos acordos substitutivos.

A opção pelo instrumento consensual deve necessariamente ter em conta a persecução dos fins buscados pela Administração, não constituindo *a priori* qualquer forma de disposição dos interesses postos à cura dos agentes estatais. Muito pelo contrário. Eventual acordo destina-se justamente a assegurá-los, na medida em que o ajuste tem em vista as mesmas finalidades dos atos unilaterais, é (via de regra) mais eficiente e menos sujeito a transgressões por parte do particular e é firmado em prol da valorização de direitos fundamentais consagrados pela ordem jurídica (tais como o devido processo e a proporcionalidade das decisões administrativas)[178].

O que importa, enfim, é verificar se os módulos convencionais substitutivos podem ou não ser reconduzidos ao fenômeno contratual da Administração Pública.

---

[176] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 59
[177] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 302.
[178] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade, p. 86.

3.1.3.2 A essência contratual dos módulos convencionais

Ressalte-se que a teoria do contrato administrativo[179] foi fortemente influenciada pelas formulações da doutrina europeia, notadamente a francesa, sendo que a consolidação da noção de *contrato* deve-se em grande parte aos ensinamentos de Gaston JÈZE.

Ao tratar dos contratos da Administração, o autor pertencente à Escola do Serviço Público esclarece que o contrato consiste em uma operação jurídica caracterizada por quatro elementos essenciais: (1) o acordo de vontades; (2) o acordo bilateral de vontades; (3) o propósito de criar uma situação jurídica; e (4) a situação jurídica criada é individual e não geral[180].

Significa dizer que todo contrato é um acordo de vontades, mas nem todo acordo de vontades é um contrato (como a lei ou a deliberação de um Conselho): é essencial que o acordo seja bilateral, isto é, que as vontades manifestadas advenham de partes opostas e não correspondam a um mero ato unilateral provocado, solicitado ou aceito pelo destinatário. Além disso, o contrato tem por objetivo criar uma determinada situação jurídica, de forma que o ato destinado a fazer incidir um dado *status* instituído pela lei – e não pelo acordo – será desprovido de natureza contratual. Por fim, a situação jurídica criada há de ser individual e específica, vindo a ser modelada segundo a vontade das partes contratantes.

Após apontar as principais modalidades de contratos administrativos, o administrativista francês destaca o aspecto que considera fundamental ao direito público, enfatizando que as regras referentes aos contratos têm por inspiração as ideias gerais que justificam essas mesmas regras no âmbito do direito privado, mas se combinam com a indispensabilidade de prestação regular e contínua dos serviços públicos[181]. Partindo desse pressuposto, JÈZE justifica a existência de um regime jurídico peculiar (de direito público) para tais avenças em virtude do objeto contratual que contemplam:

> O regime jurídico do contrato administrativo é dominado pela seguinte ideia fundamental: o contrato administrativo não é mais que um *procedimento de técnica jurídica* posto à disposição dos agentes públicos *para assegurar o funcionamento regular e continuo dos agentes públicos,* por *meios jurídicos mais fáceis e mais energéticos* que os meios de direito privado. A justificação para este *procedimento técnico especial* é a noção de serviço público. É unicamente para

---

[179] Sobre a evolução da teoria do contrato administrativo: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 317 e ss.
[180] JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**, p. 3-5. Nesse mesmo sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 134.
[181] JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**, p. 9.

> atender um objetivo de interesse público (serviço público) que este procedimento técnico especial foi imaginado e pode ser utilizado[182].

A essência da sua concepção baseia-se na necessidade de se submeter os contratos administrativos a regras especiais, que permitam a sua eventual modificação ou extinção, com o exclusivo propósito de garantir a continuidade e regularidade da prestação dos serviços públicos. Tanto é assim que JÈZE ressalva que o emprego de tal procedimento de técnica jurídica é "facultativo para os agentes públicos" e deve ser ponderado em vista das peculiaridades do caso concreto, o que autorizaria inclusive a opção por instrumentos contratuais de direito privado[183].

Ocorre que, inobstante as críticas apresentadas na época[184], tais formulações teóricas foram acolhidas tanto na França como no Brasil a partir de uma redução simplificadora e empobrecedora da construção original de JÈZE.

Como adverte Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, verificou-se a consagração de um regime de referência para todo o fenômeno convencional da Administração Pública, que se limita a afirmar a existência de certas prerrogativas inerentes ao contrato administrativo – que autorizam, por exemplo, a modificação unilateral da avença por parte da Administração, a rescisão por motivo de interesse público e a adoção de outras medidas autoexecutórias – em contraposição à garantia de intangibilidade da equação econômico-financeira, sem que tenham sido consideradas as especificidades inerentes aos diferentes objetos contratuais[185].

---

[182] No original: "Le régime juridique du contrat administratif est dominé par l'idé e fondamentale suivante : le contrat administratif n'est qu'un *procédé de technique juridique* mis à la disposition des agents publics *pour assurer le fonctionnement régulier et continu des services publics,* par des *moyens juridiques plus faciles et plus énergiques* que les moyens du droit privé. La justification de ce *procédé technique spécial* est dans la notion de service publique. C'est done uniquement pour atteindre un but d'intérêt public (service public) que se procédé technique spécial a été imaginé et peut être utilisé" (JÈZE, Gaston. Notes de Jurisprudence – Théorie du Contrat Administratif. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**, t. LX, n. 1, 51º année. Paris: Marcel Giard, 1945. p. 251).

[183] JÈZE, Gaston. Notes de Jurisprudence – Théorie du Contrat Administratif, p. 252.

[184] A posição de JÈZE foi criticada por Léon DUGUIT sob o argumento de que o contrato corresponde à categoria jurídica (*catégorie juridique)* indissociável segundo os regimes de direito público ou privado. De acordo com o seu entendimento, "opor os contratos de direito público aos contratos de direito privado é dar uma aparência jurídica aos procedimentos mais ou menos hábeis pelos quais os detentores do poder tendem frequentemente a se subtrair de compromissos regularmente firmados. Deve-se pois, de uma vez por todas, banir da linguagem do direito essa expressão de contrato de direito privado e de direito público e falar somente em contrato". No original: "Mais opposer les contrats de droit public aux contrats de droit privé, c'est donner une apparence juridique aux procédés plus ou moins habiles par lesquels les détenteurs du pouvoir tendent fréquemment à se soustraire à des engagement régulièrement pris. Il faut donc, une fois pour toutes, bannir de la langue du droit cette expression de contrat de droit privé et de droit public et parler seulement de contrat" (**Traité de Droit Constitutionnel**, t. 3. 3 ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. 1938. p. 434-435).

[185] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 350-351.

E é justamente essa a configuração, consolidada a partir da matriz francesa, que passou a ser progressiva e majoritariamente acolhida pela doutrina brasileira ao longo do tempo.

Com o passar dos anos, a problemática decorrente do modo de consolidação e propagação de tais concepções é agravada pelo aumento da complexidade das relações contratuais. A insuficiência da tradicional teoria do contrato administrativo determina – conforme destaca MENEZES DE ALMEIDA – a necessidade de seu reposicionamento, a fim de permitir não apenas a adequação de suas formulações à realidade atual, mas também a convergência para um ponto mais próximo da essência do contrato enquanto categoria jurídica[186].

A despeito do núcleo essencial que lhes caracteriza, relacionado à persecução dos fins públicos visados pela função administrativa[187], não parece razoável que os contratos administrativos sejam dissociados do fenômeno contratual como um todo. Não há justificativa para que se proponha uma distinção estanque e absoluta entre as avenças firmadas pelos agentes administrativos e os contratos ditos privados.

Consoante o magistério de CRETELLA JÚNIOR, o contrato consiste em figura pertencente à teoria geral do direito, apresentando-se como um instituto genérico dotado de "traços de universalidade ausentes das modalidades diversificadas num e noutro campo"[188].

André Luiz FREIRE compartilha dessa mesma orientação, ressalvando que as diferentes modalidades de instrumentos contratuais apresentam "propriedades que também estão presentes nas definições do contrato privado e do contrato administrativo" [189]. Dentre os elementos que caracterizam a noção de contrato, destaca-se a existência de um acordo de vontades (consentimento), a função de introduzir normas jurídicas individuais e concretas, bem como a força obrigatória da relação jurídica estabelecida (*pacta sunt servanda*) [190].

---

[186] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 352 e ss.

[187] CASSAGNE, Juan Carlos. Algunas Reflexiones sobre la Evolución y Vigencia Actual del Contrato Administrativo. **Interesse público**, v. 9, n. 41, p. 121-139, jan./fev. 2007. p. 123.

[188] CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**, p. 135.

[189] FREIRE, André Luiz. Segurança jurídica e invalidade dos contratos administrativos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**, p. 598-599.

[190] Insta salientar que as peculiaridades inerentes aos contratos administrativos não desnaturam a sua força obrigatória, consubstanciada no princípio da *pacta sunt servanda.* Em que pese a possibilidade de alteração unilateral dos termos avençados, nos limites da lei, Marçal JUSTEN FILHO esclarece que "o Estado não pode simplesmente ignorar as cláusulas ou descumpri-las como se não existissem. Há uma espécie de organicidade interna ou sistematicidade nos contratos administrativos. Isso significa que a alteração de certa(s) cláusula(s) acarreta a modificação necessária de outra(s)" (**Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 170). Em outra obra, o autor aponta que "todas as definições de contrato partem do postulado da autonomia da vontade e concluem pela consequência da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt*

Também nesse sentido manifesta-se Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, para quem os contratos de direito público devem ser tidos "como espécie do gênero contrato", submetendo-se a um conceito que é comum às diferentes modalidades contratuais[191].

Romeu Felipe BACELLAR FILHO pondera que "o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade"[192]. Mesmo que se admita a incidência de determinadas regras e peculiaridades, a depender do regime jurídico aplicável, o contrato não se liberta de características próprias a qualquer relação contratual – quais sejam, a existência de um acordo de vontades, a autonomia (ainda que matizada pela função social e/ou administrativa), bem como os princípios *lex inter partem* e *pacta sunt servanda,* que determinam que as partes envolvidas observem aquilo que foi pactuado[193].

Tal entendimento já era há muito defendido por Hely Lopes MEIRELLES. Após definir o contrato como um "acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos", o administrativista apontava que os princípios contratuais deveriam incidir tanto sobre os negócios privados como sobre as relações de que faz parte a Administração Pública, uma vez que "*a teoria geral do contrato* é a mesma para todo o gênero contratual"[194].

Por via de consequência, é imperioso reconhecer que os contratos devem ser interpretados de acordo com a sua essência, enquanto categoria jurídica.

Note-se que a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) apresenta uma definição legal do sentido de contrato, estabelecendo o seguinte:

> Art. 2º [...] Parágrafo Único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares,

---

servanda)", de forma que os contratos administrativos (em sentido restrito) distinguem-se dos demais instrumentos contratuais em virtude do conjunto de competências diferenciadas – usualmente denominadas de prerrogativas extraordinárias ou cláusulas exorbitantes – que é atribuído à Administração pelo regime publicístico (**Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1073).

[191] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 297. .

[192] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato como categoria jurídica. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). **Contratações públicas:** estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 128.

[193] O administrativista paranaense ressalva, em seguida, que tais características devem conformar-se com o regime alusivo aos contratos administrativos, que "impõe à Administração Pública um rol de sujeições que restringem a sua esfera de atuação, mas que, sob outro enfoque, outorga-lhe algumas prerrogativas" (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato como categoria jurídica, p. 129).

[194] MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 245-246.

> em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Em que pese tal diploma normativo aparente ter tido a intenção de abarcar todo e qualquer acordo de vontades voltado à formação de vínculos jurídicos, independentemente da denominação que lhe for atribuída[195], cumpre observar que a doutrina pátria tem se preocupado em apontar a inviabilidade de submissão do *contrato* (como gênero) a um regime jurídico único, uniformemente aplicável para todas as avenças celebradas pela Administração Pública.

Floriano de Azevedo MARQUES NETO aponta a existência de uma "maldição do regime único", que põe em risco a possibilidade de modulação do regime jurídico em virtude da finalidade da ação administrativa, obstando a maior eficiência da máquina pública[196]. A seu ver, essa tendência unicista e uniformizadora traz grandes malefícios ao tema dos contratos: primeiro porque acaba por sufocar a maior vantagem do instituto, que é permitir que as normas especificamente estipuladas pelas partes possam se amoldar a uma situação concreta, adequando-se à consecução de objetivos específicos; segundo porque o regime jurídico único jamais conseguirá abranger todas as modalidades de ajustes obrigacionais de interesse da Administração Pública[197].

Não se pode negar que a Lei 8.666/1993 confere um sentido geral ao conceito de contrato. Mas isso não quer dizer que toda e qualquer relação obrigacional de que a Administração faz parte estará necessariamente sujeita ao regramento por ela estabelecido[198].

Para Marçal JUSTEN FILHO, o termo contrato administrativo compreende uma pluralidade de figuras bastante heterogêneas entre si.

A expressão não abarca apenas as avenças destinadas a constituir relação jurídica voltada a satisfazer as necessidades diretas da Administração ou, então, a delegar a um particular o exercício de competências públicas (como os contratos administrativos em sentido restrito, que consistem nas figuras dos contratos de colaboração e de delegação). Em

---

[195] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 203.
[196] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques Neto. Do contrato administrativo à administração contratual, p. 77-78.
[197] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques Neto. Do contrato administrativo à administração contratual, p. 78-79.
[198] "E, com efeito, isso não impede – nem seria essa a intenção da Lei n. 8.666/93, até porque não factível – que outras leis estabeleçam diversos regimes jurídicos para outros *contratos*. Ou seja, enquanto gênero, *contrato* não pode remeter a um regime único, uniforme e completo, aplicável a todos os contratos celebrados pela Administração" (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 203).

sentido amplo, o contrato pode ser definido como o acordo de vontades destinado a "criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa"[199].

Nesse passo, enquadrar-se-iam como espécies do gênero *contrato administrativo* os acordos de vontade da Administração Pública (como, por exemplo, os termos de ajustamento de conduta e os acordos de leniência).

Examinando a questão sob a ótica do ordenamento italiano, Sabino CASSESE também reconhece a natureza contratual dos acordos, tomando os módulos consensuais como sinônimos de contratos e, em sentido mais amplo, de convenções[200]. Indo adiante, e embora não esteja tratando especificamente dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral, o doutrinador ressalva que o caráter contratual dos ajustes restaria caracterizado na medida em que o conjunto de negociações resulta no surgimento de obrigações recíprocas e interdependentes para as partes envolvidas[201].

Em sentido similar, Guido GRECO assevera que os acordos integrativos e substitutivos consistem em verdadeiros contratos de direito público, apesar de a legislação italiana não estabelecer uma disciplina completa e específica sobre o tema[202].

Gustavo Justino de OLIVEIRA e Cristiane SCHWANKA ressalvam que a atuação administrativa consensual confere novos usos ao contrato enquanto categoria jurídica, mas vai além, abarcando também outros institutos[203].

---

[199] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 302.
[200] CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**, p. 88.
[201] CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**, p. 109-110. Cumpre observar que as considerações em questão são apresentadas por CASSESE em relação a instrumento diverso daquele que é objeto da presente dissertação, eis que relacionado aos acordos previstos na legislação italiana com vistas a permitir a colaboração/negociação entre os diferentes sujeitos públicos no que se refere à construção das redes ferroviárias. Não obstante, tal ponderação aparenta ser integralmente aplicável aos acordos substitutivos, que também terão por consequência o surgimento de um determinado conjunto de direitos e obrigações consensualmente estabelecido pelas partes público e privada.
[202] GRECO, Guido. Il regime degli accordi pubblicistici. **Autorità e consenso nell'attività amministrativa**. Milão: Giuffrè, 2002. p. 161-163. Tal entendimento é compartilhado também por Vincenzo Cerulli IRELLI, para quem o acordo substitutivo que conclui um procedimento administrativo pode ser reconduzido à figura do contrato de direito público. Nas palavras do autor: "L'accordo sostitutivo è atto conclusivo di un procedimento e si situa dunque senz'altro in una fattispecie procedimentale, in un rapporto di diritto pubblico. [...] È da ritenere che la norma introduca nel nostro ordinamento la figura, precedentemente negata, del *contrato* (o accordo) *di diritto pubblico*" (**Corso di diritto amministrativo**. Torino: Giappichelli, 2002. p. 489-490).
[203] "É a expansão do consensualismo administrativo que confere novos usos à categoria jurídica *contrato* no setor público. E em virtude da amplitude desse fenômeno, defende-se a existência de um módulo consensual da administração pública, o qual englobaria todos os ajustes – não somente o contrato administrativo – passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins" (OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública, p. 282).

Ao que se infere, o enquadramento dos acordos substitutivos na categoria *contrato* depende da verificação dos seus elementos substanciais.

Segundo Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, a essência do contrato enquanto categoria jurídica decorre, do ponto de vista estrutural, da "existência de um *acordo de vontades* de partes *diversas,* com o objetivo de se *criar* uma *situação jurídica individual*" e, sob um aspecto funcional, do "respeito à palavra *consensualmente* dada, garantindo-se a *confiança* dela decorrente e, em última análise, a *paz social*"[204].

Partindo desse pressuposto, o autor classifica como módulos convencionais substitutivos (isto é, como contratos no sentido jurídico-estrutural) os ajustes celebrados nas hipóteses em que o agente administrativo detém o poder unilateral de impor a situação jurídica que pretende estabelecer, independentemente de consenso, mas opta por substituir o exercício desse poder por um acordo de vontades. Dito de outro modo, o "ato unilateral é substituído, mediante decisão da Administração – por certo, quando a lei o permita – por uma convenção"[205].

O caráter contratual de tais ajustes evidencia-se na medida em que preenchem todos os elementos que conferem substância ao contrato enquanto categoria jurídica.

A perspectiva estrutural resta atendida pelo fato de que tais ajustes derivam do acordo de vontades das partes público e privada, tendo o objetivo de promover a substituição da decisão administrativa unilateral e estabelecer, individual e concretamente, um determinado conjunto de direitos e obrigações vinculante para os envolvidos. A observância da perspectiva funcional confirma-se, por sua vez, em razão da sua relevância enquanto técnica de pacificação social, cujo respeito à palavra dada e à confiança são solidificados em decorrência do caráter vinculante do compromisso consensualmente firmado.

Desta feita, e considerando que consolidam um acordo de vontades que cria uma situação jurídica subjetiva em que a Administração e o particular assumem obrigações e

---

[204] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 67.

[205] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 297. Observe-se que a doutrina pátria já há muito manifesta o entendimento no sentido de que "convenção e contrato, em nosso direito, são expressões sinônimas, significando a mesma coisa, embora em rigor doutrinário possa se admitir o contrato como uma espécie, de que o gênero é a convenção" (CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Repertório enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.], v. XII. p. 194). As formulações clássicas francesas igualmente apontavam que o "contrato é uma espécie de convenção", representando "o consentimento de duas ou mais pessoas para formar entre si algum compromisso, ou para resolver um existente, ou para modificá-lo" (POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Tradução de Adrian Soterro de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001. p. 30-31).

correlatos direitos, os acordos substitutivos da decisão unilateral são dotados de natureza convencional e podem ser classificados como contratos[206].

3.2 A RELAÇÃO DO CONSENSO COM A LEGALIDADE

Os acordos que substituem as prerrogativas unilaterais dos agentes públicos relacionam-se com o princípio da legalidade a partir de uma dupla perspectiva.

De um lado, e tendo como premissa que a Administração age em prol da satisfação das necessidades coletivas e da promoção dos direitos fundamentais norteada pela lei, impende verificar se o recurso aos módulos convencionais depende ou não da prévia existência de expressa autorização legal. De outro, e considerando a natureza contratual dos ajustes em questão, convém examinar em que medida consistem em verdadeiros mecanismos de criação normativa.

A análise proposta é relevante porque permite não somente a identificação dos pressupostos a serem observados para fins de celebração do pacto, mas também das consequências decorrentes da sua formalização.

3.2.1 A vinculação da atuação administrativa consensual à legalidade

Tradicionalmente, observa-se uma inclinação de certa parcela da doutrina administrativista em tomar o princípio da legalidade em seu sentido estrito, de vinculação positiva da Administração Pública à lei (entendida como norma geral e abstrata emanada do órgão que expressa a vontade geral dos cidadãos[207]).

Consoante o clássico ensinamento de Guido ZANOBINI, enquanto aos cidadãos é facultado fazer tudo aquilo que a lei não proíba, a Administração apenas poderá atuar nos limites daquilo que lhe for expressamente autorizado[208].

A concepção originária do princípio da legalidade apresenta íntima relação com a separação de poderes e com os ideais que historicamente se opuseram às práticas do período absolutista. Destinou-se a traduzir a supremacia do Legislativo sobre o Executivo – e, por conseguinte, a conformar e limitar o poder deste último. Na síntese de Odete MEDAUAR,

---

[206] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 306.
[207] Vale dizer que a noção de legalidade comporta duas dimensões distintas: uma formal (da lei enquanto ato proveniente da expressão da vontade dos detentores da soberania) e outra material (de norma dotada de generalidade e abstração).
[208] ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. 5 ed., v. I. Milão: Giuffrè, 1947. p. 23.

"mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade"[209].

De acordo com esse enfoque, a atuação administrativa encontra na lei formal o seu parâmetro de validade e apenas se justifica quanto tiver em vista o estrito cumprimento das disposições gerais e abstratas fixadas legislativamente.

Embora não seja possível apontar um sentido unívoco de legalidade[210], verifica-se a consagração de uma visão que coloca a Administração como mera executora das escolhas derivadas da atividade parlamentar[211]. A conduta do agente público estaria referenciada exclusivamente na autorização legal precedente, pelo que o exercício de sua competência corresponderia simplesmente à aplicação lógico-subsuntiva dos comandos normativos.

Conforme Ruy CIRNE LIMA assinala, a atividade administrativa supõe a preexistência de uma regra jurídica que lhe atribua uma finalidade específica. Nas palavras do autor: "Jaz, consequentemente, a Administração Pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito"[212].

Tal concepção de legalidade, que estabelece um vínculo positivo entre o agente público e a lei, pode ser resumida a partir das ponderações de Hely Lopes MEIRELLES. Após afirmar que a Administração não dispõe de liberdade e nem de vontade pessoal, de forma que ao particular é lícito fazer tudo aquilo que a norma legal não proíbe enquanto a Administração só pode agir segundo a lei autoriza, o administrativista esclarece que "a lei para a o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'"[213].

Mas, como já se viu no capítulo antecedente, registrou-se um processo de crescente desprestígio do legislador e de erosão da lei formal, caracterizado pelo descrédito da norma positivada como expressão da vontade geral, pela sua fragilidade frente ao arbítrio dos

---

[209] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, p. 149.

[210] As formulações teóricas em torno do princípio da legalidade não lhe conferem um único significado. Pelo contrário, o papel da lei enquanto pauta da ação estatal adquire diversos sentidos, que inclusive variam com o passar do tempo. Sobre as diferentes perspectivas de legalidade e sua relação com a teoria do direito administrativo, confira-se: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo**, p. 397 e ss.

[211] Em célebre lição sobre o conceito de função administrativa, Miguel Seabra FAGUNDES chega a afirmar que "administrar é aplicar a lei de ofício" (**O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3). Há que se considerar que tal definição tem por objetivo diferenciar a função administrativa da jurisdicional – e não justificar uma atuação mecânica do agente público. Ainda assim, a afirmativa é bastante ilustrativa da visão de legalidade como uma vinculação positiva à lei.

[212] CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro** (revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini). 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

[213] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 93.

sucessivos governos, pela crise de representação instaurada e pelo progressivo desenvolvimento de outras fontes normativas mais adequadas ao efetivo atendimento das necessidades da sociedade contemporânea.

Como explica Gustavo BINENBOJM, o aumento da complexidade das relações sociais e econômicas demanda a "pronta intervenção e ordenação do Estado", tornando-as incompatíveis com a "*lentidão* e *generalidade* do processo legislativo formal" [214].

Esse contexto resulta no desenvolvimento de concepções que procuram conceber a legalidade segundo uma perspectiva ampliativa, buscando assentá-la a partir das bases valorativas e preceitos que norteiam todo o ordenamento – e não somente apoiada na lei emanada do Poder Legislativo.

Há quem diga que o efeito expansivo das normas constitucionais resulta no protagonismo normativo da Constituição enquanto fonte e fundamento do agir administrativo, devendo a *legalidade* ser interpretada como *constitucionalidade*. Isto porque, além da supremacia formal que lhe é característica, o texto constitucional passa a desfrutar também "de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios"[215].

Daí porque CANOTILHO ressalva que "a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição", o que importa dizer que "a Constituição substitui-se à lei como fundamento do agir da administração"[216].

No cenário nacional, as disposições constitucionais assumem o centro do sistema jurídico após 1988, especialmente a partir da aplicação que tem sido dada à Constituição Federal desde o início do século XXI. À luz dessa premissa (e do fenômeno que se convencionou chamar de filtragem constitucional[217]), passa-se a propor que a interpretação do ordenamento infraconstitucional seja feita sob o filtro axiológico e normativo da Constituição, de modo a permitir a conformação do sentido e alcance das leis.

A *legalidade* é reposicionada também sob a ótica da *juridicidade.*

Tal expressão ganhou destaque com a obra de Paulo OTERO, que conceitua a juridicidade administrativa como uma "legalidade mais exigente", derivada do abandono da

---

[214] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**, p. 34.
[215] BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões, p. 42.
[216] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 839-840.
[217] SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005. p. 145-146.

concepção positivista-legalista e da consequente consolidação de um modelo que vincula a Administração ao direito como um todo[218].

Segundo o autor lusitano, a lei perde a sua onipotência enquanto expressão máxima da subordinação da Administração Pública à ordem jurídica, revelando a insuficiência da leitura convencional da legalidade. Isso por mais de uma razão: (a) o agir administrativo deixa de encontrar na legislação ordinária o seu único fundamento de validade, eis que por vezes a atuação dos agentes públicos é disciplinada por outras fontes normativas que não a lei formal (como, por exemplo, a Constituição e o direito internacional); (b) o texto constitucional garante à Administração espaços de autonomia decisória, os quais inclusive limitam a intervenção dispositiva do legislador em dadas matérias; e (c) a natureza heterovinculativa da lei não se confirma na prática[219], seja por conta do sistema constitucional de distribuição de competências ou em virtude do relacionamento político que se estabelece entre as diferentes esferas de poder[220].

Com efeito, diante da identificação de múltiplas fontes normativas a serem tomadas como padrão de conformidade da atuação administrativa, reputa-se que a legalidade deve ser inserida dentro do contexto global da ordem jurídica.

Esse entendimento é compartilhado também por BINENBOJM, segundo o qual a sistematização dos poderes e deveres da Administração deve considerar os delineamentos constitucionais e princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento:

> A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (i) decorrer diretamente da normativa constitucional; (ii) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (iii) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina), estabelecidos constitucionalmente[221].

---

[218] OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**, p. 15.

[219] Nesse tocante, Paulo OTERO esclarece que "apesar de a lei pretender assumir uma natureza heterovinculativa face à Administração Pública, o certo é que deixa aos próprios órgãos administrativos a definição do sentido das suas normas, a concretização dos equilíbrios ponderativos entre princípios e bens tutelados que não se encontram resolvidos e até a identificação da própria norma a aplicar: a determinação concreta da natureza heterovinculativa acaba, afinal, por repousar nas mãos da própria Administração Pública, gozando esta de um considerável espaço de criação de Direito" (**Legalidade e Administração Pública**, p. 762).

[220] OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**, p. 1083.

[221] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**, p. 149.

Feitas essas considerações, impende salientar que a análise dos parâmetros a serem observados em relação à atuação administrativa consensual depende essencialmente da noção de legalidade que se pretende adotar.

Diversamente do que ocorre em matéria de direito comparado[222], o ordenamento brasileiro não contém uma norma geral de processo administrativo que preveja a possibilidade de celebração de acordos em substituição à decisão unilateral da Administração. Nada obstante, além de inexistir qualquer vedação que possa ser tomada como regra, nota-se que diversas leis esparsas estabelecem mecanismos consensuais de atuação administrativa.

Nas hipóteses em que se está diante de previsão legal expressa, não restam dúvidas quanto ao pleno cabimento do ajuste. Eventuais dúvidas podem surgir, todavia, nos casos em que se verificar a ausência de norma específica que autorize a formalização dos acordos substitutivos.

O equacionamento da questão pressupõe a definição do sentido de legalidade que vincula a atuação da Administração Pública.

Para Charles EISENMANN, por exemplo, o princípio da legalidade pode ser concebido de acordo com duas perspectivas distintas: como exigência de não-contrariedade à legislação (admitindo a possibilidade de a Administração praticar quaisquer atos que não sejam antagônicos ao comando normativo) ou como exigência de conformidade a uma regulamentação legislativa (limitando a atuação administrativa aos estritos limites da autorização legal). De uma forma ou de outra, toma-se como aspecto central a relação existente entre o fundamento do ato administrativo e o direito legislado[223].

Conforme tal concepção, a celebração de eventual acordo administrativo estaria necessariamente condicionada à existência de norma permissa expressa e seria, portanto, inviável ante a sua ausência.

Em contrapartida, não se atinge essa mesma conclusão caso se considere a noção de legalidade de Maurice HAURIOU, segundo a qual a vinculação do agente administrativo

---

[222] A questão já foi abordada no capítulo anterior, ao se delinear o modelo de consensualidade que se apresenta no cenário brasileiro. Reitere-se que os ordenamentos italiano, espanhol e alemão conferem aos acordos tratamento de regra geral, eis que os módulos convencionais se encontram expressamente previstos nas leis que disciplinam os processos administrativos.

[223] EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 56, p. 48-71, abr./jun. 1959. p. 70.

não está circunscrita à lei formal, mas ao "bloc légal" (bloco de legalidade) composto pela integralidade do ordenamento jurídico[224].

Georges VEDEL afirma, por sua vez, que a legalidade administrativa "não se resume a submissão do executivo ao legislativo, mas exprime a submissão da Administração ao direito, no sentido mais amplo do termo"[225]. Por consequência, abrange não apenas as regras externamente impostas aos agentes públicos, tais como as normas constitucionais e legais, mas também aquelas decorrentes da sua própria atuação – o que abarcaria os atos administrativos individuais e os contratos[226].

Significa dizer que, conforme o entendimento de ambos os autores supracitados, o acordo substitutivo da decisão administrativa unilateral pode encontrar justificativa no bojo do próprio sistema jurídico, prescindindo de específico regramento legal para a sua celebração.

Aqueles que defendem a necessidade de prévia e expressa autorização legislativa o fazem, portanto, com base numa visão mais restritiva do princípio da legalidade.

É o caso de Carlos Ari SUNDFELD e Jacintho ARRUDA CÂMARA, para quem o poder de negociar envolve o de modular em concreto, a aplicação das normas gerais que definem os deveres e condicionamentos da atuação administrativa, de modo que apenas uma norma de hierarquia igual ou superior àquela que instituiu a prerrogativa unilateral pode autorizar a sua modulação por meio do acordo substitutivo[227].

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNANDEZ manifestam entendimento em sentido semelhante, apontando para a necessária valorização do aspecto de generalidade e abstração da norma legal:

> É, pois, necessário definir em contrato essas margens negociais que a realidade reclama e este é, sem dúvida, o segundo dado capital a ter em conta, porque é evidente que sob os aspectos habitualmente idealizados de uma política desse caráter se esconde o enorme risco de uma ruptura da objetividade e da igualdade [...] que a impessoalidade da lei assegura. A adoção do sistema de Administração concertada como fórmula generalizada de administrar não poderia, pois, ser admitida. A aplicação do regime de 'concertos' em substituição ao exercício unilateral dos poderes públicos para convencionar com os destinatários sua

---

[224] HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administratif**. Paris Recueil Sirey. Livre Premier, 1938. p. 28 e ss.

[225] "Tout d'abord, elle [la légalité administrative] ne se résume pas dans la soumission de l'exécutif au législatif, mais elle exprime la soumission de l'Administration *au droit*, selon le sens le plus large du terme" (VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France. 1973. p. 324).

[226] EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade, p. 50.

[227] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias, p. 134.

> extensão concreta só pode empreender-se em virtude de habilitações legais específicas, ali onde as circunstâncias particulares permitam estimá-lo positivo[228].

A existência de previsão legal também é tida como um pressuposto por Onofre Alves BATISTA JÚNIOR. O autor admite tanto o estabelecimento de "cláusula setorial autorizativa" como de eventual competência concretamente especificada, as quais se fazem necessárias, a seu ver, na medida em que o "único poder de que dispõe o agente administrativo é o poder outorgado pela lei"[229].

Reconhece-se a importância do princípio da legalidade enquanto garantidor da existência de normas concretas e determinadas, cuja generalidade e abstração se presta a proteger os indivíduos ante o arbítrio dos governantes. Há de se admitir também que a sua previsão constitucional (nos termos dos artigos 5º, inciso II, e 37, *caput,* da Constituição Federal de 1988) determina que lhe seja conferido um sentido específico[230].

Não obstante, diante da constitucionalização do direito, não parece razoável que se adote uma concepção excessivamente restritiva da legalidade, limitando-a à literalidade dos dispositivos infraconstitucionais.

A orientação no sentido de que a Administração Pública só poderá atuar consensualmente caso esteja expressamente autorizada a fazê-lo tende a acarretar o engessamento da máquina administrativa, eis que seria necessária uma norma legal específica para cada órgão ou, ainda, para cada acordo. Além de inviável em termos práticos, tal interpretação mostra-se incompatível com as transformações ocorridas no âmbito do direito administrativo ao longo das últimas décadas, que clamam pela reconfiguração da noção de legalidade em prol de soluções mais céleres e eficazes.

Ao tratar da consensualidade como espectro de legitimação da função administrativa, Ana Rita de Figueiredo NERY aponta para a prescindibilidade de uma política legiferante específica, destinada a abarcar os diferentes mecanismos concertados de atuação. No seu entendimento, a produção legislativa é incapaz de "alcançar a complexidade das relações intersubjetivas", de sorte que não seria razoável limitar o agir da Administração e dos particulares mediante a sua absoluta vinculação a modelos jurídicos previamente

---

[228] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, p. 685.
[229] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**, p. 478.
[230] De acordo com Romeu Felipe BACELLAR FILHO, a recondução do princípio da legalidade à noção de constitucionalidade acabaria por tornar sem efeito a sua previsão constitucional, comprometendo a própria noção de hierarquia das fontes do direito (**Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar.** São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 160).

determinados, que podem não ser suficientes para satisfazer o interesse das partes de forma adequada[231].

Isso, evidentemente, não significa que a atuação dos sujeitos de direito estará livre de quaisquer balizas ou parâmetros.

Com efeito, a disciplina jurídica compreende o conjunto sistêmico de normas existentes no ordenamento. Consequentemente, ainda que inexista um regramento legal expresso e literal, o sistema jurídico estabelece diretrizes que conformam a conduta dos agentes estatais e dos cidadãos-administrados.

No que tange à vinculação da Administração ao princípio da legalidade, reputa-se que o agir administrativo deve necessariamente "se coadunar com os princípios, normas, leis formais e práticas informativas do regime jurídico-administrativo"[232] – pressuposto este que se revela essencial para a adequada compatibilização dos múltiplos interesses da sociedade contemporânea e para o efetivo atingimento dos fins públicos. Independentemente de se estar diante de um mecanismo unilateral ou consensual de atuação, não se pode perder de vista a instrumentalidade da ação administrativa frente à concretização do Direito em geral.

Raciocínio semelhante é aplicável também em relação aos particulares. Mesmo que a sua atuação seja pautada pela lógica da autonomia da vontade[233], os cidadãos subordinam-se a um conjunto normativo que delineia a sua conduta e impede que ajam em vista do mero atingimento de interesses egoísticos.

A relação dos acordos substitutivos com a legalidade tem sido comumente examinada pela doutrina a partir dos princípios da eficiência e proporcionalidade, bem como sob a ótica da valorização do exercício funcionalizado das competências administrativas. Tendo como premissa que a Administração Pública deve buscar a solução que melhor atenda as finalidades por ela tuteladas, a substituição do ato unilateral por um mecanismo negocial

---

[231] NERY, Ana Rita de Figueiredo. Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**, p. 88-91.

[232] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade, p. 88.

[233] Como pontua Marçal JUSTEN FILHO, a noção de autonomia da vontade já foi interpretada em termos muito mais amplos do que aquele que prevalece nos dias atuais. A consolidação da proteção aos direitos fundamentais e à dignidade humana acabou por resultar na relativização de direitos até então absolutos. Por via de consequência, passa-se a reconhecer que todo o poder jurídico, disciplinado pelo direito público ou pelo direito privado, deve ser enxergado sob uma perspectiva instrumental. Nas palavras do autor: "Pode-se designar tal fenômeno como *funcionalização* do direito. Indica a vinculação do direito à realização de fins que transcendem a satisfação das conveniências egoísticas individuais. O conceito tanto se aplica no âmbito do direito objetivo quando no da regulação das situações jurídicas subjetivas" (**Curso de direito administrativo**, 2015, p. 129 – o trecho consta apenas da versão eletrônica da edição posterior da obra).

passa a ser vista como uma alternativa plenamente cabível e devidamente amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Deve-se prestigiar a prevalência dos fins sobre os meios legais, evitando que a mera subsunção da regra jurídica à situação concreta (no caso, a aplicação da lei que atribui o poder unilateral ao agente administrativo) contrarie os objetivos maiores do ordenamento. Assim sendo, a adoção de meio diverso daquele formalmente previsto em lei – afirma Alexandre Santos de ARAGÃO – poderá ser admitida nas hipóteses em que o juízo de ponderação a ser realizado pelo administrador demonstrar que o acordo consiste na alternativa mais consentânea com o devido alcance dos fins públicos[234].

Não se trata propriamente do afastamento da norma geral e abstrata que estabelece a competência do agente administrativo. É preciso compreender que a ordem jurídica confere à Administração Pública a prerrogativa de atuar de forma diversa caso constate que o exercício do seu poder unilateral de atuação não representa a melhor solução frente ao adequado desempenho das suas funções.

Esse entendimento é compartilhado também por Marçal JUSTEN FILHO, que reconhece a existência de competência discricionária da Administração para promover as condutas socialmente desejáveis por meio de soluções negociadas, ao invés de simplesmente impor determinada decisão de modo unilateral[235].

Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA igualmente destaca o cabimento da celebração de acordos substitutivos independentemente da existência de específica previsão legal. Assim se passa porque "está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão"[236].

Em casos tais, cumpre reiterar que não se está diante de renúncia ou omissão do agente frente ao desempenho de determinada competência. A prerrogativa de atuação unilateral continua existindo, mas o administrador opta por deixar de exercê-la para adotar uma via consensual, impondo a si próprio certos condicionantes e contando com a colaboração do particular para formar a sua convicção e definir as bases que irão reger o relacionamento das partes público e privada[237].

Constata-se, assim, que o agir convencional da Administração Pública em nada modifica a sua vinculação ao princípio da legalidade.

---

[234] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo, p. 163.
[235] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 316.
[236] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 302.
[237] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 302.

Assim como quaisquer outros mecanismos de atuação administrativa, os acordos substitutivos encontram na lei o seu fundamento de validade, quer seja porque estão abarcados pelos preceitos que norteiam o sistema jurídico pátrio ou porque derivam da própria regra de competência legalmente estabelecida, correspondendo ao resultado de certo procedimento de decisão adotado pelo agente administrativo.

A partir desse pressuposto, é possível identificar uma espécie de vinculação negativa à lei em matéria de consensualidade. Tendo em vista que os mecanismos consensuais de atuação encontram amparo no ordenamento, a Administração apenas estará impedida de empregá-los nas hipóteses em que se verificar a existência de expressa vedação legal nesse sentido. Nos demais casos (isto é, quando a lei não dispuser especificamente sobre a viabilidade ou não de adoção dos módulos consensuais), a previsão normativa autorizativa não se apresenta como um requisito indispensável à celebração do acordo.

Convém ressaltar que a relação dos módulos convencionais com a legalidade já foi de certa forma tangenciada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário de nº 253.885/MG, relatado pela Ministra Ellen Gracie.

O recurso foi interposto pelo Município de Santa Rita do Sapucaí contra acordão que havia mantido sentença homologatória de acordo firmado entre a municipalidade e determinadas servidores públicos com o objetivo de permitir a regularização do pagamento de salários indevidamente retidos. Alegava-se a invalidade do ajuste sob o argumento de que não haveria autorização legal para a sua celebração, de forma que a Administração, mera executora do interesse público fixado em lei, não poderia dele dispor.

O voto da relatora ressalvou que o agente administrativo, de fato, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Por outro lado, reconheceu que tal pressuposto deve ser atenuado "quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse".

Em seguida, manteve a orientação consignada pelo acórdão recorrido, de modo a reafirmar o entendimento segundo o qual a autorização legislativa expressa apenas constituirá um requisito indispensável à celebração do acordo se e quando o seu conteúdo importar em renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias por parte do Poder Público.

É inegável a relevância do referido precedente, que confirma a viabilidade da atuação administrativa consensual, sem que isso implique em ofensa ao princípio da legalidade. Em contrapartida, o posicionamento externado pela Corte Constitucional dá origem a outro

questionamento relevante[238]: até que ponto caberia ao Poder Judiciário examinar o conteúdo dos ajustes firmados pelos agentes administrativos?

Retomando-se as considerações que interessam ao aspecto ora em análise, é necessário reconhecer que, muito embora a adoção de mecanismos consensuais não esteja condicionada à existência de autorização legal específica, a disciplina normativa é relevante para conferir uma maior segurança aos acordos.

A existência de um regramento próprio tende a eliminar eventuais conflitos de competência entre os agentes administrativos e a permitir que as partes tenham prévio conhecimento sobre o procedimento e a dinâmica da atuação consensual. Além disso, o estabelecimento de parâmetros mínimos para o ajuste em tese possibilita que a estratégia negocial seja melhor traçada, resultando em um acordo potencialmente mais eficiente e adequado aos fins que se presta a atingir.

Dito isso, há que se ter em mente que a liberdade de negociação – nos limites da lei e daquilo que se coadune com a função administrativa – é inerente à consensualidade. Se, por um lado, reputa-se que o delineamento de determinadas características básicas dos acordos pode lhes trazer benefícios, por outro, cabe ponderar que é essencial manter a informalidade e flexibilidade que lhes é ínsita, sob pena de conduzir à desnaturação do referido instrumento de atuação.

3.2.2 O acordo enquanto mecanismo de criação normativa

Outro aspecto de grande relevância no que tange à conformação da legalidade frente às relações consensualmente estabelecidas entre a Administração Pública e os particulares corresponde à verificação do poder de criação normativa dos acordos. Faz-se necessário examinar se o compromisso firmado pode servir como fonte originária de direitos e obrigações ou se deve simplesmente aplicar os comandos legais preexistentes à realidade concreta.

Em matéria de direito comparado, os posicionamentos dividem-se entre a Escola Francesa e a Escola Germânica.

Os doutrinadores franceses admitem que o conjunto de deveres do particular e de poderes da Administração Pública tenha por origem um ato convencional, que venha a

---

[238] Tal ponderação é apresentada também por Vitor Rhein SCHIRATO e Juliana Bonacorsi de PALMA ao comentarem esse mesmo precedente, que é definido pelos autores como o *leading case* em matéria de consensualidade (Consenso e Legalidade, p. 88).

delinear o relacionamento das partes no caso concreto. Já para a grande maioria dos autores alemães e suíços, a questão deve se resolver à luz dos princípios gerais, de forma que, nas matérias que constituem objeto de reserva de lei, o contrato estará sujeito à incidência da legalidade em seu sentido material: as obrigações advêm diretamente das normas, sendo que "nem a Administração se pode auto-definir a competência através de atos concretos nem os particulares possuem legitimidade para deferir competências à Administração"[239-240].

Ao examinar a questão, Alexandre Santos de ARAGÃO assinala, com base nas lições de GIANNINI, que mesmo a acepção mais rígida do princípio da legalidade foi elaborada com vistas a proteger a esfera jurídica dos particulares em face de atos imperativos que possam gerar gravames, não se destinando a estabelecer restrições às situações que beneficiem o particular e se expressem mediante convenções[241]. Diante disso, o acordo de vontades (enquanto instrumento dotado de natureza convencional, que institui direitos e obrigações para as partes envolvidas) pode, assim como a lei, ser uma fonte de criação normativa.

Destaca-se que a noção de *vontade* consiste em elemento substancial para a formulação teórica kelseniana.

A norma é tida como o sentido objetivo de um ato de vontade, constituindo um mandamento, uma prescrição, que se dirige à conduta de outrem para indicar que um sujeito (ou sujeitos) deve (ou devem) se portar de determinada maneira. Nas palavras de KELSEN,

---

[239] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo, p. 163. Ainda segundo o autor, a vertente alemã e suíça teria sido adotada por Fernando Vernalha GUIMARÃES, que toma o contrato como mecanismo de aplicação dos imperativos estatuídos pelo ordenamento legal sob um prisma de mera conformação (subsunção) do comando normativo ao caso concreto. De fato, a obra do autor paranaense revela uma interpretação mais restritiva do plano contratual, na medida em que toma o contrato administrativo como "forma de aplicação dos imperativos estatuídos no ordenamento legal exigíveis à situação regulada, desde um prisma de conformação" (**Alteração unilateral do contrato administrativo:** interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 251).

[240] "Enquanto a administração está vinculada estritamente por leis, pode ela, verdadeiramente, só 'convencionar' aquilo que está determinado legalmente. Tais contratos de execução de normas [contratos administrativos] são, em regra, pouco convenientes. Eles entram em consideração, no máximo, no esclarecimento de fatos complexos ou na regulação de determinadas relações de prestação e entrega dom direitos e deveres recíprocos. Ademais, podem ser eliminados com auxílio do contrato administrativo – como com o auxílio de determinações acessórias para atos administrativos – obstáculos jurídicos que ainda se opõem à regulação intencionada" (MAURER, Harmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001. p. 126). A despeito disso, MAURER destaca, em seguida, que o contrato traz como benefícios, em especial sobre fatos e situações complexas, a possibilidade de as partes discutirem distintas soluções e as suas alternativas, permitindo a compensação dos diferentes interesses envolvidos "por concessão no quadro do espaço respectivo e por enlace dos pontos de vista distintos", com o objetivo de alcançar uma regulamentação mutuamente satisfatória e até mesmo ótima (Op. cit., p. 134).

[241] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo, p. 168.

a vontade "constitui o ato do qual se diz figurativamente: que a norma através dele se torna 'fabricada'; quer dizer, o ato com que a norma é posta, o ato de fixação da norma"[242].

Tal objetividade decorre da inclusão da norma na ordem jurídica[243], conforme o seu correspondente fundamento de validade, podendo ela ter um caráter individual ou geral, a depender da conduta definida. Caso se trate de uma conduta única e individualmente certa, se estará diante de uma norma individual; por outro lado, se uma conduta é posta como universalmente devida, tem-se uma norma de caráter geral (que se qualifica como uma regra de dever-ser[244])[245].

O aspecto essencial a ser considerado diz respeito ao fato de que a norma não se confunde com o ato de vontade, nem muito menos com a vontade em si. Corresponde ao sentido (objetivo) de um querer.

Ao tratar das fontes de Direito[246], fazendo referência à função de criação da norma jurídica, KELSEN esclarece que os deveres e obrigações dos sujeitos não decorrem única e exclusivamente da legislação positivada.

Segundo a sua concepção, os negócios jurídicos – derivados de uma ou mais declarações de vontade – são verdadeiros fatos criadores de Direito. A ordem jurídica lhes atribui tal qualidade, conferindo aos indivíduos o poder de regular as suas relações mútuas através de uma normatização decorrente da via jurídico-negocial, desde que observados os quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária. Admite-se, pois, que os próprios sujeitos estabeleçam o regramento que irá reger a sua conduta, vindo a

---

[242] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986. p. 3.

[243] De acordo com a visão do autor, a ordem jurídica é composta por um sistema de normas gerais e individuais cuja unidade decorre do fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade – qual seja, a norma fundamental, que "é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 2 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 211).

[244] "A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, 'o' enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, p. 6).

[245] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**, p. 10-11.

[246] A expressão "fontes do Direito" é criticada pelo autor em virtude da pluralidade de significações que comporta. Isto porque tal designação é aplicável não só aos métodos de criação jurídica em geral, mas também pode ser empregada num sentido não jurídico, para designar as representações que influenciam a função criadora e a função aplicadora do direito (tais como os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, dentre outros). Consequentemente, KELSEN propõe a sua substituição por uma expressão que efetivamente designe o fenômeno jurídico que se tem em vista, distinguindo as funções de criação, aplicação e observância do Direito (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, p. 251-253). Já para Norberto BOBBIO, as fontes de Direito nada mais são do que aqueles fatos ou atos aos quais o ordenamento jurídico atribui a aptidão de produzir normas jurídicas (**O positivismo jurídico** – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 161).

estatuir obrigações e direitos a partir da criação de uma norma individual decorrente das disposições negociais[247].

Vale observar que a doutrina diverge sobre o conceito de fonte do Direito.

Para alguns, a questão central a ser considerada diz respeito à existência de um poder de decidir sobre o conteúdo a ser declarado obrigatório (isto é, não há que se falar em criação normativa quando a estrutura sob análise não puder estabelecer o sentido da norma), o que permitiria a identificação de fontes legais, consuetudinárias, jurisdicionais e negociais[248]. Sob outro ponto de vista, há quem defenda que a própria doutrina integra o processo de produção de regras jurídicas, ainda que de forma indireta[249].

A proposta kelseniana quanto à natureza normativa dos acordos de vontade também suscita controvérsias.

ROUBIER afirma, por exemplo, a inviabilidade de se admitir a criação de normas individuais através de um contrato porque uma regra dotada de efetivo caráter normativo não pode ser posta diante de um caso específico, devendo necessariamente abarcar uma série indeterminada de hipóteses[250].

Em direção similar, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO nega o caráter normativo dos direitos e obrigações contratualmente estabelecidos, sob o argumento de que as condições previstas "somente obrigam àquele que celebra o contrato com a Administração", enquanto que as normas jurídicas "são obrigatórias para todos, independentemente do consentimento individual"[251].

Ao analisar os negócios jurídicos, Antônio Junqueira de AZEVEDO manifesta-se nesse mesmo sentido, sustentando que o seu enquadramento como normas concretas é artificial, na medida em que estes apenas produzem efeitos *inter partes*[252].

---

[247] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, p. 273-275.
[248] REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 11.
[249] A esse respeito, veja-se; MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, p. 23-51. 2014. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561. Acesso em 17 de julho de 2017. Ao comentar a importância da doutrina para o desenvolvimento do direito administrativo, Floriano de Azevedo MARQUES NETO esclarece que, até a Constituição de 1988, tal ramo jurídico era caracterizado pela reduzida positivação, o que fez com que se estruturasse em torno de concepções doutrinárias: "Por essa razão, durante muitas décadas, e isso se reflete ainda nos dias atuais, nosso direito administrativo tem influência fundamental da doutrina administrativista, por vezes ainda mais do que a própria lei, o que gera certo atrito entre a literatura e o texto normativo" (O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de direito administrativo - RDA**, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015. p. 74).
[250] ROUBIER, Paul. **Droits Subjectifs e Situations Juridiques**. Paris: Dalloz, 1963. p. 2-5.
[251] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 299.
[252] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12.

O acolhimento da orientação acima exposta pressuporia, contudo, o reconhecimento de que a generalidade e abstração são requisitos essenciais da norma jurídica. Caso se admita tal entendimento, estar-se-ia negando por completo a existência de normas individuais e concretas.

Porém, como pondera Norberto BOBBIO, essa visão tem uma origem mais ideológica do que lógica[253].

O caráter geral e abstrato não é propriamente um atributo da norma jurídica tal como ela é, mas do que deveria ser para corresponder ao ideal de justiça de um ordenamento ótimo – que, notadamente, não condiz com o ordenamento real. De acordo com esse enfoque, uma prescrição caracterizada pela generalidade seria mais adequada para realizar um dos fins fundamentais de todo ordenamento: a igualdade entre os cidadãos. A abstração, por sua vez, garantiria o atingimento de outro fim, conferindo certeza (enquanto prévia determinação dos efeitos atribuídos a um determinado comportamento) às disposições normativas[254].

Entretanto, um sistema normativo composto unicamente por normas gerais e abstratas dificilmente poderia existir. Não é viável que toda e qualquer conduta seja prévia e exaustivamente disciplinada mediante prescrições dotadas de generalidade e abstração.

É plenamente possível que uma norma se dirija apenas a um sujeito ou procure disciplinar uma determinada circunstância, sem que seja oponível a todos ou a um número indeterminado de situações. Aliás, as normas individuais e concretas são necessárias, inclusive, para conformar a aplicação dos comandos gerais e abstratos diante de um contexto específico.

Outra crítica que se apresenta em relação ao posicionamento de KELSEN relaciona-se com a afirmação de que as consequências advindas do acordo decorrem diretamente do ordenamento, seja por conta de previsão expressa ou em virtude de permissivo resultante da própria indeterminação normativa.

A vontade manifestada apenas teria o efeito de atrair a incidência de determinadas proposições normativas, mas não de criar norma jurídica. Ou seja, a atividade negocial somente aplicaria normas já estabelecidas no bojo do ordenamento jurídico e, em casos de indeterminação, a vontade poderia ser exercida com maior liberdade e amplitude – o que não significa, todavia, que possa resultar na estipulação de uma norma diversa daquela já

---

[253] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 182.
[254] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**, p. 182-183.

existente. Isso restaria confirmado a partir da constatação de que a ninguém é dado realizar um negócio jurídico que não seja permitido por lei[255].

Entretanto, tais ponderações aparentam desconsiderar a ressalva feita pelo próprio jurista e filósofo austríaco, no sentido de que as normas criadas pela via jurídico-negocial não são dotadas de autonomia, mantendo íntima relação com as normas jurídicas gerais com base nas quais são produzidas[256].

Até mesmo porque, conforme o seu entendimento, "todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior"[257].

Luigi FERRI igualmente destaca que o caráter normativo das formulações negociais não advém propriamente de um poder originário ou soberano. Pelo contrário, decorre de uma norma superior, que representa "a fonte de validade da norma negocial", regulando a atuação dos indivíduos e estabelecendo encargos e limitações para a sua conduta[258].

Mesmo que a norma de origem negocial seja uma decorrência das disposições estatuídas pelas normas gerais, não se reputa adequado negar a sua importância para o processo de criação normativa. Os acordos de vontade encontram as suas bases nos preceitos positivos da ordem jurídica, mas é a partir da exteriorização do querer das partes que são delineadas as circunstâncias específicas que irão pautar o seu comportamento no âmbito da relação entre elas estabelecida.

É inegável que a *vontade* permeia a criação do Direito em todas as suas esferas: "da norma jurídica geral – a partir da constituição – até as normas jurídicas individuais, de que são exemplos a decisão jurisdicional, o ato administrativo e contrato"[259].

O próprio conceito de contrato estruturou-se em torno da ideia de manifestação de vontade.

Desde as suas formulações clássicas, o contrato é definido como o ato jurídico que traduz o acordo de vontades de duas ou mais pessoas com o objetivo de criar obrigações[260]. Tal definição consta também da obra de CUNHA GONÇALVES, para quem o contrato

---

[255] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 188-190.
[256] KELSEN, Hans. 2 ed. **Teoria pura do Direito**, p. 274.
[257] KELSEN, Hans. 2 ed. **Teoria pura do Direito**, p. 253.
[258] FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 42-43.
[259] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 71.
[260] CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Repertório enciclopédico do Direito Brasileiro**, p. 194.

constitui o acordo através do qual as vontades manifestadas se combinam com o objetivo de produzir efeitos jurídicos[261].

É certo que os ordenamentos de tradição romanística foram influenciados pela distinção inicialmente concebida em relação aos conceitos de pacto (*pactum*) e contrato (*contractus*), que condicionava a criação de obrigações à existência de um acordo de vontades qualificado por um fundamento jurídico (*causa civilis*). Mas se, num primeiro momento, nem todo o acordo de vontades era apto a gerar efeitos jurídicos, a própria evolução da noção de contrato pendeu para o reconhecimento da relevância da vontade como fundamento da obrigação[262-263].

Sílvio VENOSA explica que as codificações que se seguiram no século XIX sofreram o influxo do modelo francês, tal como ocorreu com a grande maioria dos ordenamentos latino-americanos. Isso resultou na consagração do entendimento de que "o contrato vale e é obrigatório, porque assim foi desejado pelas partes"[264].

Abordando a evolução do direito contratual, Paulo LÔBO aponta o seguinte:

> Ao contrário da experiência dos antigos romanos e do direito medieval, que emprestaram mais essencialidade à forma, ao tipo e ao reconhecimento jurídico oficial, a concepção de contrato, no período do liberalismo individualista, revolucionou no sentido de atribuir à vontade a qualidade de núcleo central, em torno do qual gravitam os princípios, regras e categorias prescritivas e descritivas[265].

O reconhecimento do papel essencial do acordo de vontades alcança também o direito administrativo brasileiro.

---

[261] CUNHA GONÇALVES, L. C. **Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro**, v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1951. p. 523.

[262] Conforme sintetiza Silvio de Salvo VENOSA: "O elemento subjetivo da vontade só vai conseguir sobrepujar o formalismo representado pela exteriorização de fórmulas na época de Justiniano, quando de certo modo se unifica o conceito de contrato com o de convenção. [...] De qualquer modo, qualquer convenção poderia tornar-se obrigatória, se revestida das formalidades legais da *stipulatio.* Isso criou a tendência de aumentar as convenções vinculativamente obrigatórias. Na fase final da codificação, já o que importa para a validade do contrato é a *conventio,* o acordo de vontades, ficando acima das formalidades" (**Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 382-383).

[263] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 59-62. Ainda segundo as lições do autor: "de um lado, tem-se como importante herança em matéria contratual do Direito romano, a influenciar os Direitos da família romano-germânica, a noção de que todo acordo de vontades (com sentido jurídico) caracteriza um contrato; e outro lado, tem-se o fato de as circunstâncias concretas de cada ordenamento jurídico moderno, que incorporou tal noção, ter levado à inserção de nuanças peculiares, como o Direito francês fez com a definição restrita de contrato, por comparação com a de convenção" (Op. cit., p. 63).

[264] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 380.

[265] LÔBO, Paulo. **Contratos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 16.

Ultrapassadas as divergências inicialmente verificadas em relação ao cabimento da utilização de figuras contratuais por parte da Administração[266], a doutrina pátria converge no sentido de reconhecer que o contrato administrativo formaliza um acordo de vontades entre as partes público e privada. A própria definição legal, insculpida no parágrafo único do artigo 2º da Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/1993), caracteriza o contrato como o ajuste "em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas".

Evidentemente, a vontade do administrador não é livre e nem tampouco pode ser manifestada de forma dissociada da consecução de certos fins[267]. Os poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica possuem natureza instrumental e, por consequência, devem ser desempenhados visando à realização dos interesses coletivos, desvinculando-se da satisfação de eventuais conveniências egoísticas individuais. Isso não elimina, contudo, a liberdade de contratar de que dispõe o Poder Público.

Em se tratando dos acordos substitutivos, por exemplo, a Administração poderá escolher – sempre tendo em vista as finalidades públicas por ela tuteladas – se prefere impor a sua decisão de maneira unilateral ou se entende mais acertado buscar uma solução consensual junto ao particular. Optando pelo consenso, caberá ao agente competente estabelecer, em conjunto com a parte privada e observando o seu dever de decidir segundo a melhor solução para o caso concreto, quais as balizas que irão reger o seu relacionamento.

Ainda que o emprego de módulos convencionais de atuação administrativa seja amplamente admitido nos dias atuais, não se pode desconsiderar que a valorização da noção de autonomia da vontade e dos elementos dela decorrentes (tais como a necessária igualdade

---

[266] A propósito das diferentes correntes doutrinárias, veja-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 295 e ss.; GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato administrativo**: tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 101-110.

[267] Ao tratar dos negócios jurídicos administrativos, Marcos Augusto PEREZ destaca que os princípios que regem a atividade administrativa (impessoalidade, legalidade, indisponibilidade dos interesses públicos *etc.*) fazem com que uma parcela da doutrina apresente certa resistência quanto à possibilidade de a Administração praticar atos conforme a sua vontade. Outros doutrinadores basearíam o seu entendimento na existência do que denomina de "vontade especialíssima", eis que voltada à realização das finalidades públicas. Na visão do autor, não seria possível identificar "qual a diferença essencial ou ontológica entre a declaração de vontade emitida por qualquer pessoa jurídica de direito privado e as decisões tomadas pela Administração Pública". As pessoas jurídicas – sejam elas privadas ou públicas – não têm vontade sob o ponto de vista psicológico, de forma que o querer por elas manifestado corresponde necessariamente à expressão de um interesse objetivo no sentido da realização de suas finalidades. Desta feita, mesmo que possam ser diferenciadas em relação aos seus atributos, requisitos de validade ou elementos constitutivos, as manifestações de vontade da Administração e dos particulares "não se diferenciam em sua essência, em sua natureza jurídica, enquanto manifestações ou declarações de vontade emitidas ou decisões tomadas por pessoas jurídicas" (O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein [Coord.]. **Os caminhos do ato administrativo**, p. 267-269).

das partes e a estrita observância à máxima *pacta sunt servanda*) acabou por resultar na consagração de um conceito de contrato que o afasta da sua essência substancial. Observou-se a necessidade de formulação de uma especial teoria para explicar as relações contratuais de que faz parte a Administração, eis que submetidas a uma lógica diversa daquela que justifica a criação de obrigações a partir das vontades autonomamente manifestadas pelas partes em pé de igualdade[268].

Porém, o que verdadeiramente caracteriza os instrumentos de ação administrativa é a incidência de uma específica técnica de produção e execução do Direito – e não a existência de elementos que os diferenciem dos demais contratos.

Retornando-se à análise sob a perspectiva de KELSEN, é possível notar que a definição tradicional de convenção a conceitua como "o acordo de vontades de dois ou mais sujeitos com vistas a produzir um efeito jurídico, quer dizer criar ou abolir uma obrigação e o direito subjetivo correspondente a essa obrigação"[269].

Diante desse prisma, a convenção é vista como um mero ato jurídico considerado sob o ângulo de realização do Direito, de execução das normas. Corresponderia à simples aplicação de uma regra preexistente – da regra *pacta sunt servanda* – a uma situação concreta, sendo que o Direito objetivo (como ordem jurídica composta por um sistema de normas) se manteria inalterado.

Criticando tal posicionamento, KELSEN explica que a teoria tradicional não abarca a essência do fenômeno jurídico em questão sob todos os seus aspectos, negligenciando uma das funções de maior relevância da convenção: qual seja, a função de criação do Direito[270].

O antagonismo que se pretende estabelecer entre as funções de aplicação e criação do Direito não se justifica. Se o objetivo essencial do ato convencional consiste, por definição, na produção de efeitos jurídicos, e se a convenção tem, por sua natureza, o que se denomina de força obrigatória, criando para os sujeitos envolvidos direitos e obrigações que eles não possuíam anteriormente, não é possível negar a sua função de criação normativa. O acordo de vontades firmado entre as partes dá origem a uma relação obrigacional – e a um conjunto de deveres e prerrogativas – que não existia antes da sua celebração.

---

[268] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 67.
[269] "D'après la définition traditionnelle la convention est l'accord des volontés de deux ou plusierus sujets en vue de produire un effet juridique, c'est-á-dire de créer ou d'abolir une obligation et le droit subjectif correspondant á cette obligation" (KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 33).
[270] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 34.

Em síntese, e como já se registrou anteriormente, pode-se dizer que "todo ato na hierarquia do direito constitui, em princípio, tanto uma criação como uma aplicação ou execução do direito"[271].

Apesar de reconhecer que as convenções implicam em modificações na esfera de direitos subjetivos, a visão tradicional aparenta ignorar que os direitos de um determinado sujeito pressupõem a existência das correspondentes obrigações de um outro sujeito. Quer dizer, uma parte apenas poderá exigir uma dada conduta na medida em que a outra tenha a efetiva obrigação de praticá-la.

E essa obrigação somente pode ser imposta pela norma jurídica.

Considerando que os sujeitos envolvidos assumem o dever jurídico de se comportar de uma certa maneira, que não os obrigava em momento anterior, é necessário ter em vista que a convenção cria uma norma jurídica que não existia antes de sua conclusão.

A obrigação é a forma primária a partir da qual o direito se apresenta em seu sentido subjetivo, consistindo na norma de caráter individual e concreto (isto é, "na individualização ou concretização, pela convenção, da norma *pacta sunt servanda*"), distinguindo-se do Direito objetivo enquanto norma geral e abstrata[272].

Ainda de acordo com o entendimento do autor, a norma de origem convencional é uma regra ou ordem de grau inferior àquela que institui a convenção como procedimento de criação de normas jurídicas. Consequentemente, a sua "força obrigatória" não existe por si só, devendo lhe ser atribuída por uma norma ou ordem superior[273].

Retomando a questão mais adiante, KELSEN aponta que a razão de validade da norma contratual pode ser examinada de acordo com dois sentidos distintos. O primeiro deles, de caráter puramente teórico, implica em reconhecer que a convenção é obrigatória na medida em que a ordem jurídica a considera como um estado de fato criador de Direito, cuja razão de validade é a mesma que a da lei, visto que ambas podem ser reconduzidas à norma fundamental. O segundo, que considera um ponto de vista de política jurídica, examina as razões que levaram o legislador a admitir a convenção como um mecanismo de criação normativa, constatando a sua intenção em deixar que os sujeitos de direito regulamentem os

---

[271] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 34. Sobre o tema: AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 23-27.
[272] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 35.
[273] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 36.

seus interesses de forma independente e autônoma, eis que tal solução é a mais indicada e também a mais justa[274].

Em todo caso, e a despeito de a vontade das partes consistir em condição necessária à conclusão da convenção, a norma criada não equivale à manifestação de vontade propriamente dita.

A partir do momento em que a convenção é aperfeiçoada, a norma contratual entra em vigor e passa a ser dotada de força obrigatória, independentemente da vontade anteriormente manifestada. Isto resta confirmado pelo fato de que as partes continuam vinculadas aos termos avençados, sem que possam se liberar unilateralmente das obrigações criadas, cujas disposições apenas poderão ser revogadas ou modificadas por meio dos procedimentos prescritos pela ordem jurídica ("isto é, na ausência de disposição em sentido contrário por outra convenção concluída pelas mesmas partes contratantes")[275].

Somam-se a essas considerações a célebre lição de Léon DUGUIT quanto aos atos jurídicos.

Sua análise tem início com a definição do conceito de *ato de vontade* enquanto produto de "uma atividade ideo-motriz", derivada de uma ideia que dá origem a uma vontade interna e acaba por provocar a sua manifestação. A vontade forma-se a partir da conjugação de um processo interno (de concepção da ideia e posterior deliberação por agir) com um processo externo (de exteriorização do querer internamente delineado). O ato de vontade corresponde, portanto, ao movimento através do qual o sujeito manifesta a sua volição[276].

DUGUIT prossegue dizendo que não restam dúvidas de que um ato jurídico é um ato de vontade, nem tampouco quanto ao fato de que nem todo ato de vontade é um ato jurídico ou que certos efeitos previstos pelo ordenamento decorrem de fatos involuntários (como, por exemplo, o nascimento e a morte). Em seguida, apresenta a definição de ato jurídico que reputa mais simples e exata, conceituando-o como "todo ato de vontade intervindo com a intenção de que se produza uma modificação no ordenamento jurídico tal qual exista no momento em que o ato se produz, ou tal qual existirá em um dado momento futuro"[277].

---

[274] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 47-48.
[275] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 50.
[276] DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 212-219. Mais adiante, DUGUIT esclarece que "a expressão *declaração de vontade* tornou-se a expressão usual para designar o próprio ato jurídico" (Op. cit., p. 235 - tradução livre).
[277] No original: "Est acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit, ou tel qu'il existera à un moment futur donné" (DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 219).

Significa que, para que haja um ato jurídico, são necessárias duas condições: a efetiva exteriorização da vontade e a intenção daquele que a expressa de produzir um efeito de Direito (isto é, uma alteração na ordem jurídica).

Isso não quer dizer, no entanto, que a manifestação de vontade seja por si só suficiente para operar o efeito jurídico pretendido.

A vontade se traduz externamente por meio de um ato ao qual o Direito objetivo, como conjunto de regras que se impõe aos membros da sociedade sob uma sanção coletiva entendida como necessária, atribui certas consequências segundo as condições por ele estabelecidas. O ato de vontade – assinala DUGUIT – jamais pode ser considerado senão como um movimento corporal do sujeito. É o Direito objetivo que determina o efeito dele decorrente. Em suas palavras, a declaração de vontade "é incapaz de criar por si própria uma modificação na ordem jurídica", de forma que corresponde a uma condição para a aplicação da lei[278].

Dando seguimento à análise, o jurista francês apresenta a sua clássica tripartição quanto aos atos jurídicos em geral, enquadrando-os de acordo com as seguintes categorias: *atos-regra*, *atos-condição* e *atos subjetivos*.

O *ato-regra* destina-se a promover uma modificação no âmbito do Direito objetivo para criar uma regra nova ou para suprimir ou modificar uma regra já existente, sem afetar, contudo, quaisquer sujeitos individualmente determinados. Já o *ato-condição* decorre da aplicação de uma regra de Direito a um indivíduo em relação ao qual ela não incidia anteriormente, sendo dotado de caráter tanto objetivo como subjetivo – eis que, por um lado, a modificação no ordenamento acarreta a aplicação de disposições de Direito objetivo e, por outro, essas disposições recaem sobre um sujeito determinado. O *ato subjetivo*, por sua vez, é aquele que resulta no surgimento de uma obrigação concreta, individual e momentânea, que não decorre diretamente do Direito objetivo[279].

São exemplos da primeira espécie de atos jurídicos (atos-regra) os regulamentos, os estatutos de sociedades e as cláusulas regulamentares de um contrato de concessão; da segunda (atos-condição), a nomeação de servidores públicos, o casamento e a naturalização; e da terceira (atos subjetivos), os contratos propriamente ditos.

Tais modalidades diferenciam-se também em virtude do papel desempenhado pela atividade intelectual do agente que pratica o ato.

---

[278] DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 236.
[279] DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 221-223. .

Em relação aos atos-condição, os efeitos jurídicos que se pretende atingir encontram-se previamente determinados pela lei, de forma que o sujeito sabe que a sua vontade conduzirá a uma determinada situação, que não pode ser por ele estabelecida ou modificada. Circunstância diversa ocorre no que tange aos atos-regra e atos subjetivos, em que a atividade de concepção que os antecede é que irá determinar as condições de aplicação da situação a ser criada.

Os atos plurilaterais, derivados da conjugação de duas ou mais vontades, também são classificados pelo autor de acordo com três categorias distintas: *contrato, união* e *ato coletivo.*

A seu ver, nem todas essas modalidades constituem convenções (no sentido de um acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos), uma vez que o ato coletivo representaria somente uma pluralidade de declarações unilaterais de vontade[280]. Enquanto o contrato deriva de um acordo entre duas pessoas ou dois grupos de pessoas com o objetivo de dar origem a uma relação de crédito e débito[281], a união consiste num conjunto de vontades destinado a criar uma regra geral e permanente[282].

Ambas as classificações apresentadas por DUGUIT partem da necessária distinção entre as *situações jurídicas objetivas* e as *situações jurídicas subjetivas.*

As primeiras derivam diretamente da norma jurídica e são consequência imediata da aplicação da lei positiva, pelo que possuem o mesmo caráter de generalidade e permanência[283]. Por conseguinte, a *situação objetiva* (que deriva da união, de atos-regra e, por vezes, de atos-condição) resulta no surgimento de um conjunto normativo que é imponível a qualquer pessoa, de forma indeterminada, e subsiste até o momento em que é modificada ou derrogada.

Em contrapartida, a *situação subjetiva* é concreta, individual e temporária. Abrange situações especiais e momentâneas, que apenas podem ser oponíveis a uma ou várias pessoas individualmente determinadas e que desaparecem depois do cumprimento de uma certa prestação[284]. Nesse caso, as obrigações criadas não decorrem diretamente da lei, mas de atos

---

[280] "Eles [atos coletivos] são constituídos por declarações de vontade concorrentes, de sujeitos que não se conhecem ou que se conhecem pouco e em todo caso não entram em negociação". No original: "Elle sont constituées par des déclarations de volonté concourantes, dons les sujets ne se connaissent pas ou se connaissent à peine et en tout cas ne sont pas entrés en négociation" (DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 293).
[281] DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 281. .
[282] DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 302-303.
[283] DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 244.
[284] DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 245-246.

contratuais ou unilaterais (atos subjetivos e, em parte, atos-condição), que atingem sujeitos específicos.

A despeito da sua inequívoca relevância, a teoria de DUGUIT não é imune a críticas.

Há quem diga que as suas formulações são incompatíveis com a realidade atual e que precisam ser superadas com o objetivo de afastar concepções que supostamente negariam a natureza contratual (e o seu poder de impor obrigações às partes) de acordos celebrados entre os particulares e a Administração.

Para Tereza Cristina de SOUZA, o autor não teria se desvencilhado totalmente da doutrina individualista por ele criticada, tendo estruturado a sua visão em torno de elementos subjetivos (tais como o "motivo impulsivo", o "objetivo determinante" e a "inteligência do indivíduo") que também resultariam na valorização de um modelo que prima pela ampla autonomia da vontade. No seu entendimento, as figuras do *ato-condição* e da *união* estariam ultrapassadas, pois relegam a segundo plano o acordo de vontades que embasa a relação jurídica pelo simples fato de os efeitos decorrentes de tais atos serem estabelecidos pela lei positivada. As ressalvas apresentadas centram-se, basicamente, na existência de uma "concepção de que regime integralmente previsto em lei e existência de contrato são conceitos antagônicos" [285].

Ao que se infere, a crítica quanto ao enaltecimento da autonomia da vontade como força criadora do Direito não procede. O posicionamento manifestado por DUGUIT denota justamente a relativização do seu papel.

Além de criticar frontalmente as noções individualistas, o jurista esclarece que o elemento volitivo apenas é condição da aplicação da lei, sem que constitua causa suficiente para que se opere a modificação no ordenamento jurídico.

De mais a mais, não parece haver propriamente um antagonismo entre a lei e o contrato.

Ocorre que o autor adota uma visão restritiva de contrato, invocando as concepções romanas e o texto do artigo 1.101 do *Code Napoléon* para justificar o seu entendimento no sentido de que a existência de interesses contrapostos das partes constitui verdadeiro pressuposto para a caracterização da relação contratual. Assim, estariam excluídos do conceito de contrato as declarações de vontade que se voltassem a uma mesma finalidade,

---

[285] SOUZA, Teresa Cristina de. A classificação dos atos jurídicos de Léon Duguit e a concepção dos contratos no direito administrativo. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; e DE MATOS, Federico. **Contrato administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 351.

bem como aquelas que não envolvessem a estipulação de uma relação de credor e devedor[286]. O fato de o contrato estar ou não disciplinado pela lei positiva não é tomado por DUGUIT como um critério determinante, inclusive porque, segundo a sua concepção, os efeitos jurídicos sempre decorrem do Direito objetivo[287].

Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, ao comentar as lições de DUGUIT, procura sistematizar as críticas e aspectos a serem considerados em relação à teoria do contrato administrativo, apresentando as seguintes ponderações: (a) não se pode afirmar que a adoção de um sentido estrito de contrato, baseado no paradigma da *stipulatio* romana, configura postura retrógrada, já que a invocação do instituto não se deu com relação ao aspecto formal, sendo que o conteúdo da relação contratual definida em tal modelo – caracterizado pela presença de interesses contrapostos que geram uma situação de crédito e débito – é algo que se faz presente nos negócios jurídicos contemporâneos; (b) a crítica de ordem terminológica é relevante, na medida em que o Direito carece de uma expressão para designar o gênero equivalente à convenção, ainda que por vezes se queira distinguir o contrato em sentido estrito de outras figuras que não se enquadrem no modelo credor-devedor da *stipulatio*; (c) a evolução da praxe contratual tem conduzido ao alargamento do sentido conceitual de "convenção", levando a uma absorção da noção de *ato coletivo* – o que, em tese, permitiria cogitar-se de reduzir as categorias de atos jurídicos plurilaterais a *contrato* e *união*, ambas configurando espécies de convenções; e (d) a existência de interesses contrapostos ou convergentes, a caracterizar o *contrato* ou a *união*, refere-se apenas à postura interna das partes ante a execução da obrigação, sem que traga qualquer distinção essencial em termos de consequências jurídicas, de modo que não há razão para que se pretenda negar o caráter contratual a ajustes que decorram de interesses convergentes e caracterizem uma situação subjetiva[288].

Para o que interessa à presente análise, a questão fundamental a ser considerada deriva da última das ponderações acima.

---

[286] DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**, p. 280-284.

[287] A questão é esclarecida por DUGUIT de forma bastante sintética nas lições por ele dadas na então recém criada Universidade do Cairo: "a vontade que se manifesta unilateral ou plurilateralmente é sempre o Direito objetivo, o qual é a causa geradora do efeito de Direito, tanto no Direito Público como no Direito Privado" (**Lecciones de Derecho público general**. Tradução de Javier García Fernández. Madri: Marcial Pons, 2011. p. 75-76 – tradução livre).

[288] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 89-92

É importante ter em vista que as consequências jurídicas não devem ser examinadas a partir da suposta contraposição ou uniformidade das vontades manifestadas, mas sim em virtude da natureza da situação jurídica criada em decorrência delas.

Tal constatação é reforçada pelos ensinamentos de KELSEN.

Ainda que a partir de raciocínio diverso daquele apresentado por DUGUIT, o autor ressalva que as formulações doutrinárias que apontam para a oposição entre a lei e o ato jurídico – isto é, que sustentam que apenas o direito legislado pode ser considerado fonte originária de direitos e obrigações – não percebem uma diferença essencial: "a diferença entre norma geral e individual"[289].

A norma geral, que contempla uma regra de conduta permanente que será aplicável a um número de casos *a priori* indeterminado[290], assemelha-se à situação jurídica objetiva. Já a norma individual, que abarca a obrigação a uma conduta ou uma prestação única ou um direito correspondente a essa obrigação[291], aproxima-se da situação jurídica subjetiva. O que não se pode ignorar é que ambas integram o conceito de "norma", tendo por resultado a estipulação de um dado conjunto normativo a ser observado pelas partes.

Acrescente-se que, apesar da sua coerência e relevância, as teorias acima expostas logicamente precisam ser adaptadas à realidade contemporânea e ao próprio cenário brasileiro.

O primeiro dos aspectos a ser ponderado diz respeito à terminologia adotada. A linguagem jurídica pátria não confere diferentes denominações aos diversos mecanismos que acarretam a criação de direitos e obrigações a partir da manifestação de vontade das partes. A doutrina também não costuma diferenciar tais institutos com base na natureza da situação jurídica deles derivada, de modo que o vocábulo *contrato* é usualmente empregado para designar todo e qualquer ajuste derivado das vontades concordantes de dois ou mais sujeitos[292].

Diante disso, e em face da inexistência de expressões diversas para designar as espécies que compõem a noção de *convenção* enquanto gênero, há de se compreender que o *contrato* – em sentido amplo – pode resultar tanto na criação de situações jurídicas subjetivas como de situações objetivas.

---

[289] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 42.
[290] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 43.
[291] KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention, p. 43.
[292] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 94-95.

Em segundo lugar, é necessário levar em conta que a insuficiência do direito legislado e o aumento da complexidade do fenômeno contratual resultaram na consequente ampliação do rol de institutos que dão origem à normas jurídicas criadas em virtude do acordo de vontades. É diante desse panorama, de valorização de uma normatividade individual e concreta, que os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral ganham espaço.

Ora, se os contratos de direito privado são tidos como verdadeiras fontes normativas, ocasionando o surgimento de um plexo de direitos e obrigações consensualmente estabelecido pelas partes, a mesma lógica deve ser aplicada também aos ajustes celebrados entre a Administração Pública e os particulares – inclusive no que diz respeito àqueles derivados da substituição de prerrogativas administrativas unilaterais por mecanismos convencionais de atuação. Como já se viu, não há nenhuma diferença substancial entre eles quando se toma o contrato (em sentido amplo) como categoria jurídica.

Ao conceituar os contratos administrativos, André Luis FREIRE destaca, como característica essencial, o seu poder de introduzir "normas jurídicas infralegais, individuais, concretas e obrigatórias para as partes (sendo uma delas entidade da Administração Pública) e reguladoras de uma relação jurídica obrigacional"[293].

Ainda no que diz respeito à criação normativa pela via contratual, MENEZES DE ALMEIDA esclarece que o contrato administrativo "teria o caráter de produção normativa relativamente autônomo próprio das convenções, porém matizado pelo caráter heterônomo próprio do Direito Público"[294-295].

Não se pode negar que a Administração de fato tem o poder de criar normas imponíveis aos indivíduos sem que estes participem da sua elaboração ou colaborem para a definição do seu conteúdo (conforme o critério da heteronomia). Por outro lado, é

---

[293] FREIRE, André Luis. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54.

[294] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 118.

[295] As ponderações do autor baseiam-se nas ressalvas feitas por KELSEN em relação aos diferentes métodos de produção jurídica. Segundo o entendimento do doutrinador austríaco, as normas podem ser diferenciadas segundo a autodeterminação do indivíduo diante da obrigação estabelecida: "A questão decisiva, do ponto de vista do indivíduo subordinado às normas, é se a vinculação se opera com a sua vontade ou sem a sua vontade – eventualmente mesmo contra a sua vontade. É aquela diferença que se costuma caracterizar como a oposição entre autonomia e heteronomia e que a teoria jurídica costuma verificar, essencialmente, no domínio do Direito do Estado" (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**, p. 295). A relativa distinção entre Direito público e privado também partiria desse mesmo pressuposto. No âmbito do Direito privado (e da autonomia), os destinatários participam da criação da norma vinculante, uma vez que a norma individual deriva direta e necessariamente da via contratual. Em contrapartida, no bojo do Direito público (sujeito à lógica da heteronomia), o agente administrativo tem o poder de impor determinada norma individual que obriga o destinatário a se comportar de acordo com aquele comando, independentemente da sua vontade.

inquestionável que, mesmo no âmbito dos contratos administrativos, a manifestação de vontade faz com que as partes autonomamente assumam o compromisso de dar cumprimento a um determinado conjunto de direitos e obrigações (conforme o critério da autonomia).

No entendimento de Norberto BOBBIO, as prescrições autônomas reportam-se ao conjunto de normas no qual o emissor e o destinatário do comando normativo se identificam:

> O conceito de autonomia é utilizado, no sentido próprio de normas ou complexo de normas nas quais o legislador e o executor se identificam, tanto no direito privado, quanto no direito público. [...] Podemos entender um contrato como uma norma autônoma, no sentido que é uma regra de conduta que deriva da mesma vontade das pessoas que se submetem a ela. Em um contrato, aqueles que estabelecem regras e aqueles que devem segui-las são as mesmas pessoas[296].

Tal orientação é integralmente aplicável aos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral.

Como bem observa Luciano Parejo ALFONSO, o ajuste convencionado entre a Administração e o particular gera regras jurídico-administrativas, fazendo do sujeito ordinário uma parte ativa na definição e realização do interesse geral e trazendo a primeiro plano verdadeiras relações jurídicas, inclusive de longa duração, baseadas no regramento consensualmente estabelecido[297].

Ao tratar do compromisso de ajustamento de conduta celebrado à luz da Lei de Ação Civil Pública, Ana Luíza de Andrade NERY igualmente pondera que tal mecanismo de autuação deve ser visto como uma fonte do Direito, tornando obrigatório o cumprimento dos termos nele postos[298]. Assim se passa porque a sua celebração faz lei entre as partes, dando origem a um conjunto de obrigações que não existia anteriormente.

A análise pretendida alinha-se, pois, ao entendimento de que os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral constituem verdadeiras convenções, importando na criação de uma situação jurídica subjetiva – como norma individual e concreta consensualmente estabelecida entre as partes – que vincula os envolvidos[299]. Embora encontrem no ordenamento os seus limites e fundamento de validade, é o acordo de vontades que irá delinear as bases que vão pautar o relacionamento entre os sujeitos público e privado.

---

[296] BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**, p. 66.
[297] ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español, p. 15. Em sentido semelhante: ARAGÃO, Alexandre. A consensualidade no direito administrativo, p. 157; NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**, p. 164; e OTERO, Paulo. **Legalidade a Administração Pública**, p. 522
[298] NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**, p. 167.
[299] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 298.

3.3 OS PRESSSUPOSTOS E ELEMENTOS DOS MÓDULOS CONVENCIONAIS

Os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral se materializam por meio de diferentes mecanismos, sem que possuam uma forma ou denominação específica. Não obstante, considerando que podem ser reconduzidos à figura do *contrato,* enquanto categoria jurídica, é possível identificar determinados aspectos que lhes são comuns.

Constata-se que a adequada formação de tais ajustes está condicionada à presença dos pressupostos (de existência, validade e eficácia) essenciais aos atos jurídicos em geral. Partindo desta premissa, cabe assinalar que os contratos celebrados pela Administração Pública devem apresentar, em regra, os mesmos elementos dos atos administrativos[300].

As breves ponderações que se seguem têm por objetivo analisar as questões atinentes à existência, validade e eficácia para, em seguida, identificar os diferentes aspectos que compõem a estrutura dos módulos convencionais.

3.3.1 Considerações prévias quanto à existência, validade e eficácia

Antônio Junqueira de AZEVEDO destaca que os negócios jurídicos "somente atingem sua plena realização após passarem, sucessivamente, pelo plano da existência, pelo da validade, e atingirem o da eficácia"[301]. Portanto, cada um destes pressupostos adquire especial relevância no que tange ao regular aperfeiçoamento da relação convencional.

O acordo substitutivo pode existir, mas não ter validade. De outra parte, é possível que exista e seja válido, mas que a concretização ou continuidade de seus efeitos esteja vinculada à implementação de determinada condição suspensiva ou resolutiva estipulada pelas partes. Também não se nega a hipótese de o compromisso vir a ser eficaz, a despeito da sua invalidade.

Daí a importância de se examinar, ainda que de forma sintética, esses três distintos níveis de projeção no ordenamento jurídico.

3.3.1.1 A existência dos acordos substitutivos

A *existência* diz respeito à incidência do comando normativo sobre um determinado fato, de modo a permitir o seu ingresso no mundo do Direito[302]. Ou seja, o ato jurídico –

---

[300] DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 5 ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 307.
[301] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**, p. 25.
[302] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**, p. 42.

enquanto negócio jurídico ou ato *stricto sensu*[303] – existe quando se verifica a ocorrência das circunstâncias descritas na hipótese normativa.

Neste plano, importa apenas averiguar se o suporte fático é suficiente para atrair a aplicação da norma que atribui qualificação jurídica à conduta concretamente considerada, sem que se cogite de qualquer análise atinente à licitude do fato jurídico ou sua capacidade de produzir efeitos.

Como mostra Marcos Bernardes de MELLO, há que se estar diante de "uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível"[304]. É necessário que o sujeito tenha deliberadamente manifestado a intenção de praticar um comportamento juridicamente relevante, a fim de atingir um objetivo permitido pela ordem jurídica e possível de ser alcançado.

Os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral sujeitam-se a este mesmo raciocínio.

Sendo o acordo de vontades o núcleo fático do módulo convencional, o plano da existência resta preenchido quando o ordenamento lhe atribui significação jurídica, permitindo que a Administração Pública e o particular possam, dentro de determinados limites, convencionar o regramento que irá reger o relacionamento existente entre eles.

3.3.1.2 A questão da validade

Cumpre ressalvar que a *validade* pressupõe a *existência*, mas não se confunde com ela. Não há que se falar no exame da regularidade de um ato ou negócio inexistente, de modo que eventual análise nesse sentido apenas será realizada após o seu efetivo ingresso do universo jurídico[305].

---

[303] No ato jurídico *stricto sensu,* a vontade das partes limita-se a compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que os efeitos resultantes do correspondente fato jurídico são aqueles que predeterminados pelas normas incidentes. Já os negócios jurídicos são caracterizados pela influência da vontade manifestada, que apresenta-se não apenas como elemento nuclear do suporte fático, mas também, e desde que observados os limites do ordenamento, como elemento conformador dos efeitos jurídicos que se pretende atingir (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, 155-156).

[304] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência, p. 145.

[305] "Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou invalidade. [...] Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. IV. 4 ed. São Paulo: RT, 1983. p. 6-7).

Segundo AZEVEDO, o plano da validade é inerente aos negócios jurídicos, apresentando-se como a principal consequência das peculiaridades que os caracterizam. A importância conferida à vontade manifestada pelas partes impõe a observância de determinados requisitos destinados a assegurar a legitimidade da declaração externada:

> Entende-se perfeitamente que o ordenamento jurídico, uma vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, *à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido,* procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica. Afinal – e, nesse ponto, as análises das definições "objetivas", "preceptivas" ou "normativistas" do negócio são esclarecedoras –, se a parte ou as partes podem criar direitos, obrigações e outros efeitos jurídicos (relações jurídicas em sentido amplo, ditas erroneamente "normas jurídicas concretas"), através do negócio, isto é, formulando declaração de vontade, essa verdadeira fonte jurídica não pode entrar a funcionar, dentro do ordenamento como um todo, sem qualquer regulamentação, sob pena de ser total a anarquia; há de se proibir a declaração contrária às normas superiores, há de se cercar de segurança certas declarações que interessam a todos. [...] Pois bem, o direito, ao estabelecer as exigências, para que o negócio entre no mundo jurídico com formação inteiramente regular, está determinando os *requisitos de sua validade*[306].

A *validade* corresponde, portanto, à conformidade do negócio jurídico com o ordenamento. Sua verificação decorre da análise da compatibilidade dos fatos ocorridos no mundo real com as circunstâncias descritas no modelo normativo a ser considerado para fins de formação da relação negocial.

Assim sendo, pode-se dizer que o acordo substitutivo é válido quando tiver sido celebrado em plena consonância com o sistema jurídico, tendo observado todas as exigências normativas necessárias à sua regular constituição – questão esta que será melhor examinada no capítulo seguinte, por ocasião da análise dos parâmetros materiais que devem pautar a atuação administrativa consensual.

3.3.1.3 A eficácia do módulo convencional

A *eficácia* está relacionada com a aptidão para a produção de efeitos jurídicos. Diz-se eficaz o fato jurídico (enquanto ato ou negócio) capaz de ensejar os resultados almejados pela manifestação de vontade.

É possível atribuir a este plano um caráter dinâmico, que varia em virtude dos eventos juridicamente relevantes que vierem a ocorrer no curso da relação jurídica estabelecida.

---

[306] AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**, p. 41-42. A propósito das ressalvas feitas pelo autor em relação ao caráter normativo dos negócios jurídicos, veja-se as ponderações apresentadas no item 3.2.2.

Como decorrência, a eficácia apresenta distintas gradações: em seu grau mínimo, limita-se a acarretar o surgimento da situação jurídica, sem que exista, contudo, a possibilidade de se exigir a imediata satisfação daquilo que restou estipulado (tal como ocorre no âmbito de um negócio jurídico submetido a termo); em grau médio, pode assegurar ao titular do direito subjetivo a pronta exigibilidade do cumprimento da prestação (nas hipóteses em que se verificar a ocorrência do evento que a norma ou a vontade das partes previra como requisito para tanto); e, por fim, no seu conteúdo máximo, pode resultar no direito de se exigir coativamente a prática da conduta devida (quando constatada a ausência de cumprimento espontâneo)[307].

Também os acordos substitutivos podem apresentar grau mínimo, médio ou máximo de eficácia, a depender daquilo que vier a ser consensualmente estipulado entre os sujeitos público e privado por ocasião da formalização do ajuste.

Note-se, ainda, que até mesmo os módulos convencionais que apresentem eventuais vícios quanto aos planos da existência ou validade podem produzir efeitos jurídicos.

3.3.2 A estrutura dos acordos substitutivos da decisão unilateral

A despeito de inexistir uma uniformidade na doutrina quanto aos elementos que devem compor a estrutura dos atos e contratos da Administração, as divergências existentes parecem refletir somente diferentes modos de expressar ideias semelhantes[308].

A rigor, os múltiplos posicionamentos manifestados reconhecem que a existência, validade e eficácia dependem da verificação de diversos aspectos indissociáveis entre si.

Para fins de sistematização, considere-se "a concepção *quíntupla dos elementos do ato administrativo*"[309], com as peculiaridades inerentes à bilateralidade das estipulações convencionais. Assim sendo, são aspectos dos contratos (e, por conseguinte, dos acordos

---

[307] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 232-234.

[308] Segundo a clássica lição de Hely Lopes MEIRELLES, a análise "do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: *competência, finalidade, forma, motivo* e *objeto*" (**Direito administrativo brasileiro**, p. 175). Após apontar as divergências terminológicas existentes, Odete MEDAUAR afirma que os elementos do ato administrativo são: agente competente, objeto, forma, motivo e fim (**Direito administrativo moderno**. 20 ed. São Paulo: RT, 2016. p. 170). Para Marçal JUSTEN FILHO, é mais correto adotar a expressão "aspectos", eis que as diferentes facetas do ato estão interligadas entre si de modo inseparável, podendo ser subdivididas em: sujeito, conteúdo, forma, motivo e finalidade (**Curso de direito administrativo**, p. 236). Por sua vez, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO entende que a anatomia do ato é composta por elementos (conteúdo e forma) e por pressupostos de existência e validade, sendo que os primeiros abarcariam o objeto e a sua pertinência à função administrativa e os segundos seriam subdivididos em pressupostos subjetivos (sujeito), objetivos (motivo e requisitos procedimentais), teleológico (finalidade), lógico (causa) e formalísticos (formalização) (**Curso de direito administrativo**, p. 402 e ss.).

[309] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, p. 152.

substitutivos da decisão unilateral da Administração): *competência*, *finalidade*, *forma*, *motivo*, *objeto*, *capacidade* e *consenso*[310].

3.3.2.1 A competência administrativa

A *competência* corresponde à atribuição normativa de legitimação para o exercício da função administrativa, nos limites das incumbências conferidas a cada ente, órgão ou agente estatal.

Não basta que o sujeito que exteriorizou a vontade administrativa seja dotado de capacidade de fato, nos termos da disciplina geral do direito civil. É necessário que a ordem jurídica lhe tenha outorgado poderes para tanto e que a sua atuação observe o conjunto de encargos que lhe foram confiados.

Vale registrar que o desempenho da competência administrativa pressupõe a necessária investidura num dado cargo ou função, posto que o rol de poderes jurídicos que a caracteriza não é atribuído às pessoas físicas individualmente consideradas, mas, sim, aos sujeitos de direito que integram as diferentes esferas da Administração Pública.

No que concerne aos acordos substitutivos, impende esclarecer que a competência para a sua celebração cabe ao agente responsável pela emissão do ato unilateral e imperativo[311]. A menos que se verifique a existência de regras específicas, que venham a limitar ou condicionar a sua atuação, nada impede que a autoridade administrativa opte por convencionar com o particular a forma de exercício de suas atribuições.

Reitere-se que o administrador não estará renunciando aos poderes estatais que lhe foram conferidos e nem se omitindo quanto ao seu exercício. A alternativa convencional representa a escolha de um determinado procedimento de decisão, que permite que a solução mais adequada ao caso concreto seja consensualmente delineada pelas partes público e privada, por meio do acordo de vontades.

Dito de outro modo, a relação convencional representa o exercício negociado das competências estatais, permitindo que o particular participe ativamente do processo de formação da vontade estatal, a fim de definir, em conjunto com a Administração, a disciplina que irá balizar o relacionamento havido entre as partes.

---

[310] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, p. 182-185.
[311] ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español, p. 18.

3.3.2.2 A finalidade da convenção

Os poderes jurídicos não são abstratamente atribuídos aos agentes estatais, correspondendo – na lição de Eduardo Garcia de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ – a "poderes funcionais, outorgados pelo Ordenamento em vista de um fim específico, com o que apartar-se do mesmo ofusca a fonte de sua legitimidade"[312].

Verifica-se, pois, a existência de um vínculo inafastável entre os poderes atribuídos ao administrador público e a necessária persecução das *finalidades* estabelecidas pela ordem jurídica. A natureza funcionalizada das atribuições estatais afasta a possibilidade de o agente pautar a sua conduta em prol de interesses egoísticos ou agir de maneira desvinculada dos valores que se pretende alcançar.

É essencial que o resultado almejado pela atuação administrativa seja sempre consentâneo com a realização dos valores buscados pela Administração. Não é válido optar por solução que se dissocie dos objetivos consagrados pelo ordenamento ou que resulte em comportamento que não se revela como o mais apropriado frente à sua concretização.

Contudo, é necessário considerar a existência de diferentes fins públicos a serem perseguidos, tal como pondera Marçal JUSTEN FILHO:

> A vinculação normativa quanto às finalidades restringe-se a determinar que nenhum fim privado ou alheio ao bem da coletividade pode ser perseguido por meio das competências estatais. Mas as finalidades das competências estatais envolvem inúmeros fins dotados de maior ou menor concreção, tal como promover os direitos fundamentais, reduzir a pobreza e as desigualdades regionais, eliminar a fome e assim por diante.
> Quando exercita uma função estatal, o agente promove a concretização do ordenamento jurídico em seu conjunto. Logo, existem inúmeras finalidades a serem realizadas. É indispensável identificar essas finalidades contempladas de modo teórico no ordenamento jurídico. Depois, cabe produzir uma conjugação entre as diversas finalidades, tendo em vista o princípio da proporcionalidade. É dever do administrador público expor à vista da comunidade a concepção que adota como finalidade dos atos administrativos que pratica[313].

Feitas estas ressalvas, pode-se dizer que, assim como qualquer ato ou contrato que envolva a Administração Pública, os acordos substitutivos devem necessariamente ser vistos como instrumentos de satisfação das necessidades coletivas. A opção pelo mecanismo convencional apenas se justifica na medida em que tal alternativa se demonstrar adequada e

---

[312] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de derecho administrativo**, p. 477.No original: "[los poderes administrativos] son poderes funcionales, otorgados por el Ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mimo ciega la fuente de su legitimidad".
[313] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 243.

suficiente à realização dos fins supraindividuais buscados por meio da competência atribuída ao administrador.

3.3.2.3 A forma a ser observada pela relação convencional

O terceiro aspecto do acordo substitutivo corresponde à *forma,* que pode ser entendida como o modo de exteriorização da convenção firmada entre o agente estatal e o particular, para o fim de criar uma situação jurídica subjetiva vinculante para as partes.

Enquanto os negócios jurídicos tipicamente privados são marcados pelo princípio da liberdade das formas, eis que a sua validade requer a adoção de "forma prescrita ou não defesa em lei" (nos termos do artigo 104, inc. III, do Código Civil), nas relações de que faz parte Administração a formalidade apresenta-se como regra. O seu caráter instrumental é evidente, pelo que não se pode desconsiderar a importância da formalização enquanto mecanismo destinado a "assegurar a plena publicidade, sindicabilidade e estabilidade das relações jurídicas públicas"[314].

Noutras palavras, é imperioso ter em conta que os requisitos formais estabelecidos pelo ordenamento objetivam garantir o controle do adequado exercício das competências administrativas e preservar a segurança jurídica.

Como tal aspecto consiste em verdadeira condição de existência e validade, há quem diga que a *forma* deve ser vista a partir de uma concepção mais ampla. É esse o posicionamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que ressalva que o conceito deve abarcar todas as formalidades a serem observadas durante o processo de composição da vontade do administrador público, incluindo a motivação e os requisitos concernentes à publicidade[315].

Em termos gerais, e considerando que os elementos formais da relação convencional podem variar conforme a disciplina normativa que lhes for atribuída, o que se pode identificar como regra é a obrigatoriedade de procedimentalização da atuação administrativa. A celebração do ajuste pressupõe um conjunto preordenado de atos, que permita a participação do particular interessado, a verificação da realidade dos fatos e a devida exposição dos motivos que determinaram a opção pelo mecanismo consensual de atuação.

---

[314] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, p. 153-154.
[315] DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**, p. 248.

Identifica-se, ademais, a necessidade de adoção da forma escrita[316]. Faria pouco (ou nenhum) sentido admitir que os acordos de vontade pudessem derivar unicamente da verbalização de determinada intenção, até mesmo porque tal hipótese traria enorme insegurança para os envolvidos.

Convém ressalvar que, salvo se houver expressa previsão legal em sentido contrário, basta que a relação convencional seja firmada entre a autoridade administrativa competente e o particular interessado.

A participação e anuência dos órgãos de controle – em especial, do Ministério Público – não aparenta consistir num requisito indispensável à formalização dos acordos substitutivos ou à produção dos efeitos jurídicos deles decorrentes. Mas é inegável que o seu aval quanto aos termos do acordo tende a conferir maior estabilidade e segurança jurídica aos compromissos. Portanto, mesmo nos casos em que tal possibilidade não se caracteriza como uma condição inafastável, reputa-se que a participação do *Parquet* é recomendável.

3.3.2.4 O motivo que embasa o acordo substitutivo

O *motivo* integra a própria vontade do agente estatal, consubstanciando-se na conjugação de fatos e normas que resultam na causa jurídica que concretamente conduz à adoção de um dado comportamento. Consiste, portanto, na concepção (ou "representação mental") que desencadeia uma decisão ou conduta[317].

A exteriorização destas convicções se dá por meio da *motivação*, que traduz a exposição formal das razões que ensejaram a prática administrativa, a fim de viabilizar o seu controle e a verificação da observância de garantias constitucionais inafastáveis. É precisamente mediante o exame dos fundamentos que se pode constatar em que medida o comportamento é conforme ao ordenamento, isento, compatível com a moralidade, proporcionalidade, isonomia *etc.*

Em última análise, cabe ao administrador público explicitar os pressupostos fáticos e jurídicos que embasam a vontade por ele manifestada, justificando a sua atuação em determinado sentido.

A partir do momento em que a Administração age com base em uma específica causa jurídica, a regularidade de sua atuação está diretamente relacionada às circunstâncias que

---

[316] Nos termos do parágrafo único do artigo 60 da Lei 8.666/1993, é "nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento".
[317] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 240-24.

serviram de suporte para a postura por ela adotada[318]. Mas tal análise deve tomar em conta os motivos efetivos e reais que embasaram a conduta administrativa, de modo que não há impedimento a que o agente estatal demonstre posteriormente a existência de outros fundamentos válidos e suficientes para a sua decisão[319].

No que tange aos acordos substitutivos, a convenção é motivada, em regra, pelos mesmos pressupostos (de fato e de direito) que justificam a atuação administrativa unilateral, com a peculiaridade advinda do fato de que o sopesamento das circunstâncias concretas denota que a solução consensual consiste na melhor maneira de se proceder para assegurar a realização dos fins públicos.

3.3.2.5 O objeto do acordo de vontades

Outro dos aspectos do compromisso corresponde ao seu *objeto*, que nada mais é do que o efeito jurídico pretendido com a formalização do pacto.

Ao tratar dos atos administrativos, Odete MEDAUAR aponta que o objeto há de ser lícito, visando o atingimento de resultado admitido pelo ordenamento; moral, em estrita observância aos princípios e regras de conduta que devem nortear a atuação dos agentes administrativos; e possível, no sentido de abarcar conteúdo passível de ser realizado de fato e de direito[320].

Tais ponderações são integralmente aplicáveis aos contratos firmados pela Administração e, por conseguinte, aos módulos convencionais sob análise. Não se pode admitir que a convenção contrarie as normas jurídicas, desconsidere os padrões éticos e de boa-fé ou abranja disposições irrealizáveis sob a perspectiva fática ou jurídica.

Os negócios jurídicos podem ser compostos por elementos de três ordens distintas: essenciais, naturais e acidentais. Os primeiros (*essentialia negotti*) são aqueles que definem o seu conteúdo, sem os quais o negócio não existe. Os segundos (*naturalia negotti*) são as consequências automáticas da relação negocial, que independem de previsão expressa. Já os terceiros (*accidentalia negotti*), são estipulações que condicionam a manutenção ou consumação dos efeitos jurídicos pretendidos[321].

---

[318] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p. 416.
[319] "Cabe superar os motivos determinantes aparentes e considerar os efetivos e reais. Comprovada a invalidade dos motivos determinantes reais, o ato deverá ser invalidado. Porém, é perfeitamente possível que os motivos determinantes reais sejam válidos. Isso conduzirá à subsistência do ato administrativo" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 281).
[320] MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno, p. 171.
[321] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**, p. 26-27.

Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA esclarece que o conteúdo dos acordos substitutivos corresponde ao ato jurídico que consolida a decisão convencionada entre a Administração Pública e o particular[322].

É este o objeto contratual (*essentialia negotti*) do ajuste, de sorte que a natureza vinculante das disposições consensualmente estabelecidas é inerente à relação convencional (*naturalia negotti*) e as condutas materiais dela decorrentes representam elementos acidentais (*accidentalia negotti*), haja vista que constituem condições que não integram propriamente a substância do negócio[323].

3.3.2.6 A capacidade enquanto condição subjetiva da parte contratante

A *capacidade* diz respeito à idoneidade "para adquirir direitos e obrigações no universo negocial"[324], nos termos da disciplina do direito civil. Consubstancia-se num requisito geral de validade dos negócios jurídicos, caracterizado pela aptidão que o ordenamento confere aos sujeitos para que exerçam os seus direitos e pratiquem os atos que lhes cabem.

Como não poderia deixar de ser, a válida celebração do módulo convencional substitutivo pressupõe que as partes público e privada sejam dotadas de capacidade de fato, estando aptas a titularizar uma determinada posição jurídica em virtude da vontade por elas manifestada. Seria desarrazoado admitir o aperfeiçoamento de um vínculo contratual entre sujeitos que não possuem aptidão necessária para tanto.

Logicamente, a questão adquire contornos peculiares no que diz respeito ao agente estatal, eis que a sua capacidade está relacionada à competência que lhe é atribuída por lei. Além disso, há que se considerar que o conjunto de direitos e obrigações estabelecido compõe a esfera jurídica da pessoa administrativa por ele integrada (isto é, quem se vincula ao compromisso é a própria Administração e não o agente em si).

---

[322] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 369.
[323] A relevância dessa constatação será examinada no capítulo seguinte, quando da análise atinente à vinculatividade dos compromissos e à aplicabilidade do regime de prerrogativas unilaterais e autoexecutórias que costuma permear a tradicional teoria do contrato administrativo no Brasil.
[324] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral, p. 379.

3.3.2.7 A efetiva existência do consenso

Ainda que se possa afirmar que o *consenso* é elemento essencial de todo e qualquer contrato[325], é necessário reconhecer a sua relevância no âmbito dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral.

A adoção de tais mecanismos de atuação não pressupõe a mera aquiescência do particular, sua anuência em relação às cláusulas ou condições previamente estipuladas pela Administração com base nas prerrogativas de ação autoexecutória que lhe cabem. A própria essência do ajuste é caracterizada pela substituição da imperatividade e unilateralidade por uma convenção, de modo que a efetiva existência de um acordo de vontades negociado entre as partes público e privada apresenta-se como um aspecto inafastável.

Caso contrário, se estará diante de um mero simulacro de acordo.

O módulo substitutivo resta desprovido de qualquer utilidade prática se a solução puder ser unilateralmente construída pelo agente estatal, sem que o particular colabore concretamente para a sua formação.

Luciano Parejo ALFONSO ressalta que a novidade que inspira essa forma alternativa de agir decorre justamente do fato de que "a vontade dos cidadãos contribui diretamente, como tal, a estabelecer os termos e condições das relações jurídico-administrativas", fazendo com que estas tomem o primeiro plano do direito administrativo[326].

Afinal, a Administração Pública poderia simplesmente ter optado por impor ao particular a situação jurídica que pretendia estabelecer, mas escolheu substituir o exercício desse poder unilateral por uma solução delineada de modo consensual com o destinatário da decisão administrativa[327].

Significa dizer que o resultado jurídico é construído a partir do acordo entabulado entre as partes, por meio da convenção que substitui o provimento imperativo, importando na criação de uma situação jurídica subjetiva que vincula tanto o administrador como o cidadão-administrado.

---

[325] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, p. 184.
[326] ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español, p. 15 (tradução livre).
[327] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 297. Nessa senda, Vitor Rhein SCHIRATO e Juliana Bonacorsi de PALMA igualmente apontam que o consenso e a negociação são partes integrantes dos acordos celebrados entre a Administração e os particulares, de forma que o seu descumprimento importa na invalidade (Consenso e legalidade, p. 80-81).

Vale dizer que, ao examinar os elementos imprescindíveis ao termo de ajustamento de conduta, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela nulidade do instrumento que lhe é subjacente nos casos em que as obrigações previstas não foram livremente pactuadas entre as partes[328].

---

[328] "1. A revogação da manifestação de vontade do compromitente, por ocasião da lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC junto ao órgão do Ministério Público, não é objeto de regulação pela Lei 7347/855. 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico. 3. Sob esse enfoque a abalizada doutrina sobre o tema assenta: '(...)Como todo negócio jurídico, o ajustamento de conduta pode ser compreendido nos planos de existência, validade e eficácia. Essa análise pode resultar em uma fragmentação artificial do fenômeno jurídico, posto que a existência, a validade e a eficácia são aspectos de uma mesmíssima realidade. Todavia, a utilidade da mesma supera esse inconveniente. (...) Para existir o ajuste carece da presença dos agentes representando dois centros de interesses, ou seja, um ou mais compromitentes e um ou mais compromissários; tem que possuir um objeto que se consubstancie em cumprimento de obrigações e deveres; deve existir o acordo de vontades e ser veiculado através de uma forma perceptível (...)' (RODRIGUES, Geisa de Assis, Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p. 198). 4. Consectariamente, é nulo o título subjacente ao termo de ajustamento de conduta cujas obrigações não foram livremente pactuadas, consoante adverte a doutrina, *verbis*: '(...) Para ser celebrado, o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor sua aceitação. Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial' (FARIAS, Talden, Termo de Ajustamento e Conduta e acesso à Justiça, in Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v.LII, p. 121) [...]" (STJ. REsp 802.060/RS. Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 17.12.2009).

4 O CARÁTER VINCULANTE DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS: LIMITES À MODIFICAÇÃO E REVISÃO DOS COMPROMISSOS ESTABELECIDOS POR MEIO DO CONSENSO

Constatou-se anteriormente que os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral constituem verdadeiros mecanismos de criação normativa, uma vez que a convenção que substitui o ato imperativo acarreta a criação de uma situação jurídica subjetiva, vinculando os envolvidos. Mas importa destacar, ainda, que o plexo de valores e princípios que regem a conduta dos sujeitos públicos e privados igualmente delimita a sua esfera de atuação, impondo condicionamentos que vão além daqueles advindos do acordo de vontades e cujos efeitos por vezes extrapolam a esfera jurídica das partes.

Em linhas gerais, e conforme se pretende demonstrar a seguir, a vinculatividade dos módulos convencionais sob análise deriva tanto da norma individual e concreta que se estabelece a partir do consenso como dos cânones inerentes à segurança jurídica.

Partindo dessas premissas, não se afigura razoável que a Administração Pública e/ou o particular possam simplesmente mudar de ideia em relação à escolha feita ou ao próprio conteúdo do compromisso firmado.

Eventual entendimento em sentido contrário estaria não só negando o caráter convencional do acordo substitutivo e retirando a importância dos ideais de previsibilidade e certeza das relações jurídicas, mas também conduzindo à inutilidade desse instrumento. Afinal, é pouco crível que os sujeitos optem por agir de forma concertada mesmo diante da (hipotética) ausência de qualquer garantia quanto ao efetivo cumprimento daquilo que restou consensualmente estipulado.

Por outro lado, também não parece adequado que tais ajustes sejam revestidos de uma absoluta imutabilidade[329]. É imperioso reconhecer que a dinamicidade das relações contemporâneas por vezes exige que o conjunto de direitos e obrigações originalmente fixado seja readequado a uma nova realidade que se apresenta, inclusive com o objetivo de garantir o devido atingimento das finalidades que se pretende alcançar.

---

[329] Ao tratar do conteúdo da segurança jurídica, Humberto ÁVILA ressalva que a perspectiva dinâmica das relações hodiernas repele a imutabilidade e a estagnação, de forma que as noções de certeza e previsibilidade comumente apregoadas seriam melhor representadas pelos vocábulos *confiabilidade,* (enquanto "exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis") e *calculabilidade* (como "elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos" (**Teoria da segurança jurídica**, p. 142-143).

O presente capítulo destina-se, pois, a examinar a relação dos módulos substitutivos com a regra geral da estabilidade e os limites a serem observados para fins de modificação ou revisão (por razões outras que não a ocorrência de eventuais vícios)[330] das condições delineadas pelas partes.

A relevância da análise deriva da constatação de que a tradicional teoria do contrato administrativo – baseada na existência de prerrogativas imponíveis ao particular independentemente da sua vontade e que poderiam, em tese, permitir a extinção ou modificação unilateral da avença – revela-se incompatível com tais mecanismos de atuação.

4.1 A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO À VONTADE EXTERNADA

Como já se registrou, os acordos substitutivos caracterizam-se justamente pela existência de uma prerrogativa unilateral de ação que poderia ser exercida pela Administração independentemente da concordância do particular ou de eventual acordo de vontades entre as partes público e privada. O agente possui o poder de impor ao administrado a situação jurídica que objetiva estabelecer, mas opta por substituir o exercício desse poder por uma convenção, impondo a si próprio certos condicionantes.

Faz-se necessário verificar, portanto, quais os efeitos e consequências derivados da adoção de uma solução concertada de atuação.

4.1.1 A adoção de mecanismos consensuais de atuação: discricionariedade ou vinculação do agente administrativo?

O desenvolvimento do modelo da Administração consensual, a partir da intensificação da contratualização e da consolidação de uma visão que prima pela maior participação dos administrados e pela utilização de módulos convencionais, tem dado origem a entendimentos que apontam para o caráter preferencial dos mecanismos de consenso frente a quaisquer instrumentos unilaterais e imperativos de atuação.

---

[330] Cumpre esclarecer que as considerações ora expostas têm por objetivo examinar as hipóteses de desfazimento da relação convencional por motivos de conveniência e oportunidade. Os casos envolvendo a anulação dos acordos substitutivos serão examinados no capítulo seguinte.

Afirma-se que, quando o acordo de vontades constituir uma alternativa concretamente cabível e inexistirem outras razões que determinem o emprego do poder de autoridade, a via do consenso deve ser sempre preferida[331].

Esse entendimento deriva do reconhecimento de que a adoção de medidas negociais de ação administrativa representa relevante instrumento de legitimação, paz social e concretização dos fins públicos. Nas palavras de Alexandre Santos de ARAGÃO, a medida derivada do consenso tende a ser mais eficiente do que aquela imposta unilateral e coercitivamente, "já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menores riscos de externalidade ('efeitos colaterais') negativas"[332].

Ademais, tem-se a compreensão de que o emprego de técnicas convencionais reflete uma opção de política legislativa, que expressa a valorização de mecanismos autônomos de produção normativa. Não é razoável que se negue o prestígio conferido à normatividade individual e concreta derivada dos contratos com vistas a maximizar a incidência de mecanismos heterônomos de criação de normas[333].

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO destaca a existência de um verdadeiro princípio do consenso, "que pode ser sumariamente definido como o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado"[334].

Isso implica em dizer que o administrador público deve se utilizar de mecanismos consensuais de atuação sempre que possível, prestigiando-os em detrimento das demais alternativas que se apresentam frente ao caso concreto.

A consensualidade, de fato, apresenta potenciais virtudes relacionadas à celeridade e eficiência, bem como à facilitação do desempenho da função administrativa[335]. Mas isso não significa que o emprego de instrumentos consensuais deva ser tido como uma solução universal, nem tampouco determina a sua absoluta prevalência sobre outros meios de ação administrativa.

---

[331] IRELLI, Vincenzo Cerulli. Verso de la contrattazione dell'area del pubblico: la amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune. In: CASSESE, Sabino; GUARINO, Giuseppe (Org.). **Dallo Stato monoclasse ala globalizzazione**. Milão: Giuffrè, 2000. p. 40.

[332] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo, p. 157.

[333] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 373.

[334] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa, p. 133.

[335] Em célebre passagem sobre os benefícios da consensualidade, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO destaca que as formas concertadas de atuação administrativa "contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*)" (**Mutações do direito administrativo**, p. 41).

Eventual abordagem ideológica da questão, que ignore a análise científica quanto à avaliação objetiva dos efetivos benefícios do modelo consensual de atuação, deve ser vista com cautela. Com efeito, não é viável afirmar que o emprego do consenso consistirá sempre na melhor alternativa, representando, em todo e qualquer caso, a opção mais adequada para a defesa da liberdade e da democracia. Há que se compreender a instrumentalidade das técnicas convencionais em relação à persecução dos fins públicos e à concretização do Direito em geral[336].

É plenamente possível, por exemplo, que a Administração entenda que as condições ofertadas pelo particular no bojo de eventual negociação são insuficientes ou inadequadas para o alcance da finalidade pretendida. Também não se pode desconsiderar a hipótese de o agente constatar que os objetivos públicos serão melhor atendidos por meio do exercício de sua prerrogativa imperativa de atuação. Em casos tais, resta claro que inexiste justificativa para que a via consensual seja prestigiada em detrimento do ato unilateral.

Ao que se infere, a substituição da decisão administrativa unilateral por uma convenção constitui uma faculdade da Administração Pública.

Trata-se de matéria afeita à esfera de discricionariedade do titular da competência administrativa, que poderá optar por exercer o seu poder de decidir unilateralmente ou, então, por substituir o ato imperativo por um acordo de vontades.

Aliás, essa aparenta ser a orientação preponderante na doutrina[337].

Roberto DAMONTE chega a afirmar que o caráter discricionário representa um pressuposto dos acordos substitutivos, na medida em que o administrador apenas estará autorizado a celebrá-los nas hipóteses em que dispuser de uma margem de escolha perante o provimento a ser emanado, pois "um provimento de conteúdo absolutamente não discricionário não poderá ser objeto de acordo"[338].

---

[336] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 346-347. Em que pese esteja tratando do modelo da Administração consensual – que vai muito além do uso dos instrumentos convencionais propriamente ditos –, o autor mostra a ausência de uma equivalência absoluta entre os mecanismos de consenso e a democracia, tomando como exemplo a contraposição existente entre o debate nas instâncias parlamentares e o "alegado caráter mais 'democrático' da oitiva, em consultas ou audiências públicas, de determinados grupos que se formam em torno de interesses específicos e que, portanto, facilmente se mobilizarão para responder ao chamado participativo com muito mais vigor do que os cidadãos em geral" (Op. cit., p. 347).

[337] Sobre a discricionariedade da Administração no que se refere à adoção de mecanismos consensuais: CASETTA, Elio. **Manuale di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 2000. p. 538; OTERO, Paulo. **Legalidade de Administração Pública**, p. 836-838; ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español**,** p. 25; SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade, p. 89; NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**, p. 222; e JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 316).

[338] DAMONTE, Roberto. **Atti, accordi, convenzioni nella giustizia amministrativa**, p. 52.

Contudo, o entendimento sintetizado a partir do pensamento do doutrinador italiano perde força diante da reconfiguração da noção tradicional de *discricionariedade.*

A referida expressão destina-se a designar o poder de escolha. Em sua gênese, a palavra advém do latim *discretionis,* significando todo o poder "que se dirige pela própria vontade do agente, sem qualquer limitação exterior, segundo sua própria discrição ou entendimento"[339].

Vale observar que a discricionariedade tem sua origem no regime absolutista europeu dos séculos XVI a XVIII, quando exprimia a soberania decisória do monarca. Posteriormente, com o advento do Estado de Direito e a consequente parametrização do exercício da autoridade, passa a ser vista como o poder de agir da Administração nos espaços livres de regulamentação legal[340]. De acordo com esse viés, a atuação discricionária se iniciaria onde cessa a completude da lei, congregando um plexo de competências decisórias a ser exercido pelo agente a partir de um juízo de valor subjetivo.

Consoante a clássica lição de Hely Lopes MEIRELLES, o poder discricionário seria aquele que "o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo"[341]. Significa que o administrador público teria a prerrogativa de determinar o teor da providência a ser adotada no momento que lhe parecesse mais adequado e segundo as condições que reputasse apropriadas.

Sem embargo das críticas apresentadas em face desse entendimento, em especial no que tange à caracterização de tais competências como um poder abstratamente atribuído ao agente[342], o gradual desenvolvimento da noção de discricionariedade acaba por consagrar a ideia de que haveria uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários[343].

Existiria vinculação nas hipóteses em que o comando legal disciplinasse, de forma completa e exaustiva, todos os elementos necessários à prática da conduta passível de adoção

---

[339] DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 484.
[340] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**, p. 207-210.
[341] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 139.
[342] Sobre a impossibilidade de se interpretar a discricionariedade como um poder anterior à lei, veja-se, dentre outros: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 16-18; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66-67; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, p. 135-137; e GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 98.
[343] "Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade" (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**, p. 140).

por parte da Administração. Em contrapartida, a discricionariedade restaria caracterizada quando, em virtude do modo de regulamentação da atuação administrativa, o agente dispusesse de um campo de liberdade para verificar tais elementos em vista do caso concreto, podendo definir a sua maneira de proceder a partir das peculiaridades por ele identificadas.

Ocorre que, com o movimento de constitucionalização do direito e a emergência da noção de juridicidade, tal distinção perde o sentido.

É inviável estabelecer uma separação estanque entre competências vinculadas ou discricionárias. Não bastasse a abrangência das restrições normativas e valorativas impostas ao poder de escolha do administrador público, a autonomia decisória que lhe é conferida pelo ordenamento varia conforme cada situação concreta, sendo que o regramento existente pode ser absolutamente exauriente em relação a determinados aspectos do ato, vindo a lhe conferir uma certa margem de discricionariedade em relação a outros tantos.

Conforme a lição de Gustavo BINENBOJM, a paulatina evolução de uma noção eminentemente positivista tem por consequência o reconhecimento de que o agir da Administração Pública é norteado pelo conjunto sistêmico do ordenamento (composto por regras constitucionais, legais ou regulamentares, conceitos jurídicos indeterminados e princípios explícitos e implícitos), em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa[344]. O desenvolvimento de uma nova noção de discricionariedade – que considera a ordem jurídica como um todo – consolida a percepção de que não há nenhuma diferença substancial quanto à natureza dos atos administrativos discricionários e vinculados, de forma que se distinguem por conta dos diferentes graus de vinculação[345].

Isto porque, mesmo que não tenha sido expressa e integralmente disciplinada pela letra da lei, a atuação administrativa vincula-se às normas e princípios que compõem o ordenamento.

Pode-se afirmar que o ato sempre irá conter, em maior ou menor grau, elementos vinculados e discricionários. Ainda que nem sempre exista vinculação em relação à competência, à forma e ao conteúdo de uma determinada providência, a vontade do legislador será inevitavelmente determinante no que diz respeito às finalidades públicas perseguidas pela ação administrativa e aos pressupostos jurídicos (motivos) empregados

---

[344] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**, p. 221-222.
[345] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**, p. 224. Em sentido semelhante, Fabrício MOTTA destaca a existência "de uma *escala de discricionariedade,* tendo em um extremo a pura aplicação direta das normas e, em outro, a criação das mesmas, tendo como limite somente as diretrizes da Constituição" (**Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 232).

pelo agente competente para fundamentar a sua atuação. De outra parte, não é possível imaginar um ato totalmente vinculado, já que o ordenamento jamais teria como prever todos os detalhes da ação administrativa em vista de uma dada circunstância concreta[346].

Ao examinar as tendências atuais do direito administrativo brasileiro, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO destaca a existência de dois movimentos opostos no tocante à discricionariedade administrativa.

Por um lado, há quem diga que a ampliação das tarefas públicas voltadas ao atendimento das necessidades coletivas e o aumento da complexidade das matérias a serem reguladas pressupõem a atribuição de maior autonomia decisória aos agentes, resultando no alargamento das competências discricionárias ante a insuficiência do direito legislado. Por outro, existem aqueles que sustentam que o fato de a Administração dever respeito ao bloco de legalidade (isto é, ao ordenamento como um todo) conduz a um resultado inverso, restringindo a discricionariedade em razão da maior parametrização do agir administrativo e da consequente ampliação do controle jurisdicional[347].

Independentemente da concepção que se adote, não há como negar que a consensualidade passa a servir de baliza para o exercício das competências administrativas discricionárias.

A perda da autossuficiência da lei, que deixa de ser vista como o único referencial normativo apto a regular as condutas, e a valorização de soluções que primam pelo diálogo e pela concertação fazem com que o consenso se apresente como um relevante mecanismo de atuação administrativa. A solução consensual compensaria a baixa densidade normativa dos preceitos que disciplinam a atividade estatal, permitindo que o agir concreto do administrador venha a ser construído a partir da composição de interesses.

Feitas essas ressalvas, entenda-se a discricionariedade como o "dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico"[348].

Caberá ao agente examinar, de acordo com a situação concreta em análise, qual é a alternativa mais adequada e satisfatória em vista das finalidades perseguidas. Mesmo que a disciplina normativa existente lhe confira certa autonomia para escolher uma dentre as várias

---

[346] MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012. p. 219.
[347] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 39.
[348] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 86.

providências cabíveis, as especificidades do caso podem apontar uma determinada opção como a melhor possível – seja por conta dos benefícios que traz para a coletividade, das vantagens relacionadas à celeridade e eficiência ou *etc.* Nessa hipótese, a Administração Pública estará obrigada a adotá-la, a despeito de estar investida de competência discricionária.

Essa mesma lógica aplica-se também aos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral.

O regramento normativo por vezes prevê expressamente a possibilidade de a Administração celebrar ajustes com os particulares para realizar as atividades que lhe competem. Em outros casos, tal faculdade estará implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício. De uma forma ou de outra, a escolha do mecanismo consensual deve necessariamente ter em vista a busca pela melhor solução à luz das peculiaridades de cada caso concreto.

Se, por um lado, a adoção do acordo não pode ser tida como uma alternativa preferencial em toda e qualquer situação, por outro, não deve ser confundida com uma faculdade absoluta do agente.

A substituição da prerrogativa unilateral de atuação tem de ser precedida do devido sopesamento das opções colocadas à disposição da Administração Pública. É essencial que a escolha da via convencional ou o seu afastamento se deem de forma motivada e sejam revestidos de objetividade, observando os princípios que devem pautar a conduta dos agentes públicos (moralidade, impessoalidade, isonomia, dentre outros) – os quais funcionarão, inclusive, como parâmetros de controle da regularidade da ação administrativa.

4.1.2 A autovinculação (ou autolimitação) da Administração Pública

Verifica-se que tanto a opção pelo acordo de vontades como a perspectiva negocial de atuação que se instaura a partir dessa escolha tem como pressuposto o reconhecimento de que o administrador público pode impor a si próprio certos condicionantes, vinculando-se às pautas decisórias provenientes do exercício de suas funções. É o que se pode designar de *autovinculação* ou *autolimitação administrativa*.

Para Johann-Christian PIELOW, a origem das chamadas "pautas de decisão" consiste no aspecto central a ser considerado para que se verifique a natureza da vinculação. Quando a Administração estiver vinculada somente por elementos que lhe são externos (tal como a lei), se estará diante da *heterovinculação*; em contrapartida, se a conduta

administrativa tiver sido conformada em decorrência do próprio âmbito de atuação do agente, restará caracterizada a *autovinculação*[349].

De acordo com os ensinamentos do autor, a questão relaciona-se com o campo de tensão existente "entre a necessidade de flexibilidade e inovação" e a imperiosa continuidade das tarefas confiadas ao Poder Público, as quais, em vista da segurança jurídica, demandam "a apreciabilidade e calculabilidade da ação administrativa". Sob essa ótica, a autovinculação é resultado de uma busca pelo meio-termo entre o princípio do Estado de Direito (baseado na legalidade estrita) e o princípio da eficácia da Administração[350].

O tema merece renovada atenção em virtude das transformações ocorridas ao longo das últimas décadas.

A imprescindível reconfiguração do agir administrativo, derivada da amplificação da legalidade e da necessidade de se viabilizar uma atuação mais eficiente à consagração dos múltiplos interesses da coletividade, não pode ter como consequência o afastamento dos ideais de previsibilidade e certeza das relações jurídicas. O novo ambiente que se instaura a partir da progressiva evolução das formas de organização e atuação estatal deve ser capaz de compatibilizar o permanente dinamismo da sociedade contemporânea com a estabilidade necessária à garantia da segurança jurídica.

Como ensina Paulo MODESTO, a submissão da Administração Pública ao ordenamento como um todo amplia tanto os condicionamentos que lhe são impostos externamente (por meio de princípios, normas superiores e inferiores à lei, valores e garantias fundamentais *etc*.) como aqueles decorrentes da sua própria conduta. Passa-se a atribuir significação jurídica ao modo pelo qual a atuação administrativa se efetiva concretamente[351].

É diante dessa conjuntura que cabe distinguir os diferentes sentidos de autovinculação ou autolimitação administrativa[352].

---

[349] PIELOW, Johann-Christian. Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la Administración. In: MUÑOZ, Guillermo A.; SALOMONI, Jorge. L. **Problemática de la Administración Contemporánea:** una comparación europeo-argentina. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1997. p. 57

[350] PIELOW, Johann-Christian. Integración del ordenamiento jurídico, p. 51.

[351] MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: _____ (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**, p. 124-125.

[352] Cumpre elucidar que o presente trabalho adota um enquadramento distinto daquele apresentado por Paulo MODESTO, que também classifica as diferentes hipóteses de autovinculação administrativa conforme o seu sentido amplo ou estrito. Para o autor, a autolimitação em sentido estrito abarcaria apenas os vínculos estabelecidos de forma involuntária ou não intencional por meio dos precedentes administrativos, sendo que o sentido mais abrangente da acepção contemplaria as hipóteses de autocontenção voluntária ou deliberada da Administração (abarcando tanto a autovinculação bilateral como a autovinculação unilateral concreta ou

4.1.2.1 Sentido estrito da autovinculação administrativa

A teoria da autovinculação desenvolve-se com o propósito de delimitar – ou até mesmo afastar[353] – a discricionariedade administrativa. Tem por objetivo assegurar a previsibilidade e coesão do comportamento da Administração, de forma a evitar "*atuações caprichosas de agentes públicos* ou *alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público*"[354].

Evidentemente, o ordenamento jurídico é incapaz de antever todas as diferentes situações que demandam a atuação estatal. Mesmo que tivesse condições de prevê-las, não seria possível que viesse a definir de antemão a solução mais satisfatória para cada um dos diversos eventos futuros. A prévia e exaustiva definição das medidas cabíveis diante de todo e qualquer caso concreto acabaria por resultar no engessamento da máquina administrativa, impedindo a adequação dos provimentos em vista da realidade dinâmica, complexa e multifacetada que se apresenta no seio da sociedade hodierna.

Isso não significa, contudo, que a atividade administrativa possa ser uma "caixinha de surpresas".

A discricionariedade é delineada a partir dos limites impostos pelo ordenamento, sendo que o exercício das competências dela derivadas não pode desconsiderar ou ultrapassar as normas jurídicas que a balizam. Além disso, a margem de autonomia decisória conferida ao agente público não o exime do dever de atuar com coerência. Mesmo nos espaços em que exista uma certa liberdade de apreciação no que diz respeito à definição da solução mais adequada, a Administração não estará autorizada a agir de maneira incongruente ou contraditória.

A noção de autolimitação é construída justamente com a finalidade de garantir a segurança jurídica e a proteção dos administrados perante o poder estatal, dando origem às

---

abstrata). Tal distinção se justificaria porque – de acordo com a visão de MODESTO – as situações abrangidas pela segunda modalidade conferem "maior certeza ao particular e aos órgãos de controle" (Legalidade e autovinculação da Administração Pública, p. 132). Embora não se discorde propriamente de tal posicionamento, reputa-se que não há uma diferença substancial entre as subteorias dos atos próprios e dos precedentes administrativos, ainda que para fins de classificação. Partindo dessa premissa, e como será demonstrado a seguir, o sentido amplo da noção de autovinculação administrativa será empregado com vistas a abranger os atos normativos e as hipóteses nas quais o vínculo decorre de uma atuação administrativa bilateral, individual e concreta.

[353] Nas palavras de Thiago MARRARA, "é possível que a discricionariedade da autoridade administrativa igualmente desapareça por força da autovinculação administrativa" (A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa, p. 226).

[354] MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, ano 8, n. 29, p. 9-27, abr./jun. 2010. p. 10.

subteorias do respeito aos atos próprios e dos precedentes administrativos. Ambas as formulações teóricas derivam da tutela conferida aos particulares (cidadãos ou pessoas jurídicas) que observam a Administração Pública adotar uma determinada forma de agir ou decidir que suscita confiança – quer seja por conta da expectativa concretamente gerada ou em virtude do padrão decisório estabelecido ao longo do tempo.

Adotando-se a classificação proposta por Gustavo Marinho de CARVALHO, tais hipóteses correspondem à "*autovinculação administrativa, unilateral, individual e concreta*"[355]. Sem embargo de eventuais ressalvas que possam ser feitas quanto aos seus respectivos efeitos[356], fato é que as duas situações decorrem de uma atuação que se estabelece individual e concretamente a partir do exercício de prerrogativas unilaterais e imperativas da Administração.

O que distingue as subteorias dos atos próprios e dos precedentes administrativos é que a primeira delas seria aplicável ao mesmo particular em face do qual o provimento administrativo foi emitido, enquanto a segunda pode ser invocada por sujeito diverso daquele que era o destinatário original do ato[357].

Ou seja, o "ato próprio" abarca a relação jurídica existente entre um determinado particular e o agente público que expediu o comando administrativo, conferindo estabilidade ao ato ou decisão a partir do momento em que se verifica o surgimento de uma expectativa legítima quanto ao modo de agir da Administração, independentemente da existência de eventual decisão análoga anterior. Em contrapartida, o precedente administrativo pode ser invocado por indivíduo que se coloca externamente à relação jurídica no âmbito da qual a decisão foi emanada, nas hipóteses em que o administrador já tiver externado um dado posicionamento perante uma situação semelhante.

Ao tratar das diferentes modalidades de autovinculação administrativa, Thiago MARRARA esclarece que, no primeiro caso, os postulados inerentes à segurança jurídica

---

[355] CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 116.

[356] Conquanto reconheça que as subteorias dos atos próprios e dos precedentes administrativos possuem um propósito comum, objetivando "*impedir a contradição da Administração Pública entre a conduta atual e uma conduta anterior*" e assegurar a coerência da atuação administrativa, Gustavo Marinho de CARVALHO considera a extensão de seus efeitos como uma diferença substancial entre tais formulações. Isto porque os precedentes administrativos não produzem reflexos frente a uma mesma relação jurídica, irradiando os seus efeitos para situações que lhe são externas e que nem sequer envolvem as mesmas partes (**Precedentes administrativos no direito brasileiro**, p. 128-130).

[357] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista de Direito do Estado – RDE**, ano 1, n. 4, p. 231-244, out./dez. 2006. p. 234.

somam-se ao princípio da moralidade para demandar um comportamento coerente do administrador, impedindo que decisões já expedidas possam ser injustificadamente modificadas em prejuízo de um cenário jurídico estabilizado. Estariam abrangidas por tal liame as hipóteses concernentes à coisa julgada administrativa e àquelas provenientes de promessas unilaterais do Poder Público, que conferem ao particular um estímulo para a construção de uma forte expectativa e para a consequente adoção de determinada conduta. Já a segunda espécie de vínculo decorreria da combinação dos princípios da segurança jurídica com a isonomia, determinando a observância da jurisprudência administrativa[358].

Ainda que se possa identificar eventuais particularidades em relação a cada uma delas, reputa-se que não há qualquer diferença relevante apta a determinar uma separação absoluta entre tais formulações. Pelo contrário, além de possuírem idênticos fundamentos axiológicos e principiológicos, a invocação das subteorias em questão acarreta a mesma consequência prática (qual seja, a necessária observância ao dever de coerência e previsibilidade das condutas), de modo que podem ser consideradas indistintamente como hipóteses de autovinculação administrativa[359].

O elemento essencial corresponde à vinculação da Administração aos atos e decisões por ela expedidos. Os princípios da igualdade, moralidade, boa-fé e segurança jurídica impõem aos agentes públicos uma postura de respeito frente aos parâmetros previamente estabelecidos pela atuação administrativa, obrigando-os a agir em conformidade com o seu conteúdo.

É nesse sentido que a autovinculação caracteriza um estreitamento das competências discricionárias.

A margem de autonomia atribuída pelo ordenamento ao administrador fica limitada, no caso concreto, pela conduta ou pelo padrão decisório anteriormente manifestado[360]. Desta feita, é possível que a escolha de uma dada solução reste predeterminada em virtude da

---

[358] MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa, p. 226 e ss.

[359] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas, p. 234.

[360] Para alguns autores, basta uma única decisão para que se estabeleça um parâmetro de decisão a ser observado nos casos futuros de mesma natureza. A título de exemplo, veja-se o posicionamento de Antônio Francisco de SOUZA: "Para que se verifique autovinculação da Administração, é suficiente que no passado a Administração tenha decidido num único caso idêntico. Quando haja autovinculação da Administração, o cidadão atingido tem um direito a não ser tratado de forma menos favorável do que foram tratados outros cidadãos em casos idênticos" (O controle jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose *apud* MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública, p. 11). Nesse mesmo sentido: SILVA, Ticiano Alves; e ARAUJO, Liege Cunha. Teoria dos precedentes administrativos: uma apresentação. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo - ReDAC**, v. 20, ano 3, p. 123-135, set./out. 2015. p. 125.

expectativa gerada ou da reiterada adoção de um comportamento, afastando a discricionariedade da autoridade administrativa no que tange à viabilidade de opção por alguma das demais alternativas em tese admitidas pela regra de competência.

As consequências da autolimitação imposta aos agentes públicos por seus próprios atos resultam no que Harmut MAURER denomina de "efeito externo indireto" das prescrições administrativas. Embora os provimentos e decisões sejam vinculantes para as estruturas internas à Administração, o dever de uniformidade das condutas confere aos cidadãos uma expectativa quanto à prática administrativa a ser adotada, impedindo que as autoridades atuem em desconformidade com o posicionamento antes externado[361].

Para o que interessa ao presente estudo, importa reconhecer que a autovinculação administrativa unilateral e concreta apresenta-se como um fator derrogatório – ou, quando menos, limitativo – da discricionariedade no âmbito dos acordos substitutivos. Se, ao examinar um dado caso concreto, a Administração opta por substituir o exercício de sua prerrogativa imperativa de atuação por um acordo de vontades, é razoável que o mesmo padrão de tratamento venha a ser adotado em situações análogas.

A escolha do mecanismo convencional pressupõe a devida ponderação das circunstâncias específicas postas sob análise, com vistas a permitir a definição da melhor solução perante um determinado contexto. Assim sendo, não se pode admitir que o administrador tome o acordo como a alternativa mais adequada diante de certa conjuntura e simplesmente opte por agir unilateralmente em outro caso idêntico ou semelhante.

Em síntese: apesar de o agente competente dispor de uma margem de autonomia para escolher se irá impor ao particular a situação jurídica pretendida ou se prefere substituir o ato unilateral por uma convenção, sua discricionariedade pode ser restringida em virtude de decisões anteriormente tomadas. Nada impede, pois, que um dado conjunto fático acabe por tornar determinante a opção por uma ou outra alternativa.

---

[361] Nas palavras do autor, "a prescrição administrativa fundamenta uma determinada prática administrativa, uma vez que deve se supor que as autoridades administrativas até agora atuaram em conformidade e no futuro irão atuar em conformidade; elas estão obrigadas à atuação uniforme e não devem, por isso, sem fundamentos objetivos, desviar de sua prática constante [...] Fala-se, por isso, de um efeito externo indireto, porque ele é proporcionado pela prática administrativa e princípio da igualdade" (MAURER, Harmut. **Elementos de direito administrativo alemão**, p. 37). Apesar de MAURER estar tratando do efeito vinculativo das prescrições – tidas como as diretrizes consolidadas intra-administrativamente acerca de determinada matéria – raciocínio semelhante pode ser aplicado aos atos próprios da Administração. Também nesses casos, em que o agente público se vincula concretamente a um dado posicionamento, não se pode admitir o desvirtuamento de suas práticas e decisões, ainda que tal vedação seja justificada a partir de fundamento diverso (no caso, o princípio da proteção da confiança).

Logicamente, isso não quer dizer que a Administração Pública estará permanentemente vinculada a um dado posicionamento ou que fica impedida de alterar o seu padrão de conduta. Significa apenas que a adoção de postura diversa daquela esperada – quer seja por conta do dever de coerência da atuação administrativa ou por força da expectativa gerada pelas decisões anteriores – há de ser vista como uma situação excepcional, ficando condicionada à existência de uma justificativa válida e legítima para tanto.

Caso o agente pretenda se comportar de forma distinta daquela a qual se encontra autovinculado, caberá a ele demonstrar analiticamente quais os fatos e fundamentos jurídicos que embasam o seu posicionamento perante o caso concreto.

Por força de expressa disposição legal, a mudança de padrão decisório está condicionada à devida exposição das razões que justificam a adoção de posicionamento diverso daquele que vinha sendo manifestado até então. Nos termos do artigo 50 da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo em âmbito federal, devem ser motivados os atos administrativos que "deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais" (inciso VII).

Tome-se como exemplo uma situação na qual determinado ente regulador autônomo, ao se deparar com uma certa prática considerada reprovável, tem reiteradamente optado por celebrar acordos substitutivos com os sujeitos regulados ao invés de exercer a sua competência sancionatória de maneira unilateral e imperativa. É natural que o particular acusado de praticar essa mesma conduta espere que idêntico tratamento lhe seja conferido.

À vista desse cenário, a agência reguladora somente poderá se valer de solução diversa daquela usualmente empregada, afastando de plano o cabimento do ajuste e optando pela imposição da sanção, se houver motivo que justifique eventual disparidade de tratamento (tal como a existência de circunstâncias específicas que diferenciem o caso concreto dos demais ou que demonstrem que o acordo não consiste na melhor solução).

4.1.2.2 Sentido amplo da autovinculação administrativa

A despeito de o seu surgimento estar intimamente relacionado à parametrização do exercício das competências discricionárias dos agentes públicos, a teoria da autovinculação não se revela incompatível com os mecanismos consensuais de atuação.

A ressalva é relevante na medida em que a discricionariedade administrativa deve ser vista com certa cautela quando se trata dos módulos convencionais substitutivos. A

expressão está intimamente relacionada à tradicional teoria dos atos administrativos, marcada por prerrogativas unilaterais e imperativas de ação que não se coadunam com a lógica da consensualidade.

Importa compreender que, uma vez escolhida a via convencional, abre-se um espaço de ampla negociação entre os sujeitos público e privado. É evidente que a autonomia decisória do administrador decorre do ordenamento jurídico e está necessariamente delimitada pelo exercício funcionalizado de suas competências, mas o estabelecimento de uma relação consensual não aparenta compatibilizar-se com a existência de um poder de escolha previamente delimitado[362].

Nessa esteira, é possível cogitar do exaurimento da competência discricionária do agente – enquanto margem de escolha por uma dentre as várias alternativas cabíveis em face do caso concreto[363] – a partir da opção pelo acordo, tendo como resultado a instauração de um ambiente de articulação e mediação de interesses que não está integralmente subordinado à existência de "escolhas predeterminadas pelo próprio legislador"[364]. E é diante desse contexto que o conteúdo do acordo será consensualmente delineado pela Administração em conjunto com o particular.

Prosseguindo com a análise da autolimitação administrativa, cabe ponderar que o seu sentido mais abrangente abarca também as hipóteses nas quais a autocontenção deriva de "acordos, compromissos, pactos, transações, adotados com a função de substituir ou preparar a edição dos atos unilaterais subsequentes", como assinala Paulo MODESTO[365]. É o que se pode denominar de autovinculação bilateral, individual e concreta[366].

---

[362] Juliana Bonacorsi de PALMA parece compartilhar desse mesmo entendimento, ao ressalvar que a existência de diferentes graus de disciplina normativa quanto ao procedimento prévio à celebração do acordo "não significa que a negociação seja uma fase de abertura discricionária pela Administração" (A teoria do ato administrativo e a prática da consensualidade. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo**, p. 254). Embora a autora esteja se referindo à ausência de discricionariedade administrativa no que diz respeito à instauração da fase negocial, prossegue dizendo que "é garantido ao particular em qualquer processo administrativo em que seja cabível a celebração do acordo administrativo o direito à regular negociação dos termos do pacto, cujo principal mecanismo de defesa consiste no contraditório, próprio da dialética estabelecida na dinâmica de negociação" (Op. cit., p. 254-255) – lógica esta que não se revela compatível com a existência de uma campo de escolha abstrata e previamente estabelecido.

[363] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**, p. 66.

[364] MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa, p. 220.

[365] MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública, p. 23. Nesse mesmo sentido: CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**, p. 119; PIELOW, Johann-Christian. Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la Administración, p. 75.

[366] CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**, p. 119.

Trata-se justamente dos acordos de vontade celebrados entre a Administração Pública e os particulares, no âmbito do qual se inserem os módulos substitutivos da decisão administrativa unilateral.

Ao contrário do que ocorre com as situações abordadas anteriormente, nesses casos, a autovinculação não deriva de um efeito indireto e involuntário da conduta do agente e nem tampouco do exercício de suas prerrogativas unilaterais de atuação. As partes intencionalmente buscam uma solução concertada, de modo a definir, através do consenso, as bases da ordem a que pretendem se submeter.

Consequentemente, a confiança suscitada pelo comportamento dos sujeitos envolvidos no ajuste adquire contornos próprios.

Assim se passa porque a Administração e o particular optam por, voluntária e deliberadamente, submeter-se a um conjunto de direitos e obrigações estabelecido de forma bilateral, limitando a sua conduta em decorrência do acordo de vontades. Em outras palavras, a atuação do sujeito privado e o desenvolvimento da função administrativa ficam submetidos aos parâmetros circunscritos pelas próprias partes (logicamente, desde que respeitados os limites impostos pelo ordenamento) – o que tende a conferir maior certeza e estabilidade para a relação jurídica travada, na medida em que o acordo densifica a composição de interesses e a solução tida como mais adequada perante uma situação específica.

Ao que tudo indica, enquanto a autolimitação unilateral e concreta abrange o desempenho da competência discricionária do administrador no que diz respeito à escolha pelo acordo substitutivo da decisão administrativa, a modalidade bilateral abarca o próprio conteúdo do pacto e as condições nele estabelecidas.

É possível afirmar, portanto, que a Administração Pública autovincula-se em dois momentos distintos: num primeiro momento, com a opção pela solução convencional, que apenas poderá ser afastada diante da superveniência de circunstâncias que modifiquem o contexto originalmente considerado ou caso o consenso se revele inviável no curso da negociação instaurada; e, num segundo, com o aperfeiçoamento da convenção que substitui o provimento unilateral e imperativo, aplicando o direito ao caso concreto a partir das condições estipuladas conjuntamente pelos envolvidos.

Isso demonstra a potencialidade dos acordos substitutivos frente ao reforço da segurança jurídica[367]. Bem compreendida a sua função (instrumental em relação ao alcance

---

[367] Nesse mesmo sentido: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo**, p. 420. Convém ressalvar que as ponderações do autor em relação à relevância dos acordos

das finalidades públicas) e os limites que se estabelecem a partir da sua formalização (que obstam a simples modificação e/ou afastamento do compromisso estabelecido tanto em virtude do caráter normativo da convenção quanto em razão da confiança por ela gerada), tais instrumentos constituem importante mecanismo de reforço aos ideais de previsibilidade e certeza das relações jurídicas, na medida em que o pacto firmado delineia o modo de proceder das partes público e privada e estabelece parâmetros objetivos para o controle.

A outra modalidade de autovinculação em sentido amplo abrange os atos normativos expedidos no exercício da função administrativa, abarcando as hipóteses nas quais a Administração limita a sua conduta unilateral e abstratamente.

Como pontua Odete MEDAUAR os agentes públicos possuem a "faculdade de emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei"[368].

O exercício de tal poder – enquanto conjunto de competências voltado à consecução dos fins públicos – contempla a prerrogativa de expedir regulamentos (nos termos do artigo 84, inc. IV da Constituição Federal[369]), bem como a edição de atos normativos em geral (decretos, resoluções, deliberações *etc.*).

Pode-se dizer que a função normativa da Administração é exercida por meio de atos que contêm previsões genéricas e abstratas, voltadas a destinatários indeterminados, vindo a ser indiscriminadamente aplicáveis a todas as situações contempladas em suas hipóteses[370].

A título de exemplo, são espécies de atos normativos aqueles que se destinam a: (a) esmiuçar e operacionalizar os comandos legais, integrando aspectos operacionais com o objetivo de ampliar a eficácia da lei; (b) disciplinar elementos referentes às competências administrativas discricionárias, a fim de parametrizar o seu exercício e evitar disparidades

---

substitutivos do poder unilateral da Administração são apresentadas em razão do seu caráter normativo. Como se pretende demonstrar a seguir, entende-se que a normatividade que lhes é inerente une-se à autovinculação administrativa (relacionada à segurança jurídica e aos princípios da moralidade, isonomia, boa-fé e proteção da confiança) para tornar mais sólida a regra geral de estabilidade das relações jurídicas.

[368] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, p. 142.

[369] "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

[370] Após apresentar tal conceito, Fabrício MOTTA prossegue com a sua análise, destacando a necessidade de superação das dicotomias típicas do Estado Liberal – dentre as quais se insere a contraposição existente entre as normas de caráter geral ou individual, concreto ou abstrato (**Função normativa da Administração Pública**, p. 140-141). Em seguida, o autor aponta para a substituição de classificações estanques por formulações mais flexíveis e consentâneas com a finalidade buscada por cada ato normativo, constatando o seguinte: "A conclusão que se extrai destas colocações é que os atos normativos editados pela Administração possuem generalidade e abstração em variadas intensidades, não sendo possível identificar a existência de tais características à moda do tudo ou nada (*all or nothing,* para utilizar a terminologia consagrada por Robert Alexy). Da mesma maneira, a integração deste ato ao ordenamento e a extensão e aplicabilidade de seus efeitos são variáveis, muito embora seja sempre possível e necessário aferir a incorporação da fonte responsável por sua edição" (Op. cit., p. 143).

na aplicação concreta do texto legal; e (c) adequar o funcionamento e organização das entidades e órgãos públicos[371].

Cumpre observar, ademais, que tais atos normativos apresentam um caráter ambíguo frente à autolimitação administrativa[372]. Por um lado, são dotados de eficácia autovinculativa em relação ao seu editor, "obrigando o órgão que os emitiu a respeitar as suas próprias prescrições gerais em casos singulares submetidos à apreciação", até que nova norma geral e abstrata eventualmente venha a afastar o comando anteriormente estabelecido. Por outro, possuem eficácia heterovinculante frente aos órgãos subalternos, "pois se encontram submetidos a vínculos de hierarquia, supervisão ou coordenação relativamente ao órgão emissor do ato normativo geral, de natureza administrativa"[373].

Em matéria de acordo, essa modalidade de autovinculação (unilateral e abstrata) abarca, por exemplo, as resoluções expedidas pelas agências reguladoras com o intuito de disciplinar os critérios e procedimentos a serem observados para fins de adoção dos módulos convencionais de atuação administrativa.

As disposições estabelecidas no exercício da função normativa possuem inequívoca relevância e devem necessariamente ser observadas pela autoridade que as emitiu e pela Administração por ela integrada. Como assevera Fabrício MOTTA, é razoável concluir que o administrador encontra-se tão ou mais sujeito "*à observância dos seus atos normativos que os cidadãos, pelo simples fato de os ter elaborado e, portanto, escolhido o seu conteúdo*"[374].

Entretanto, isso não quer dizer que o acordo de vontades será cabível única e exclusivamente nas hipóteses previstas de forma expressa pelas resoluções e demais atos normativos. É plenamente possível que a Administração Pública e o particular venham a celebrar um ajuste diante de circunstância não contemplada normativamente[375].

---

[371] Estas são, consoante o entendimento de Paulo MODESTO, as três modalidades mais frequentes de atos normativos emitidos no desempenho da função administrativa (Autovinculação da Administração Pública, p. 20).

[372] Não se pode ignorar, todavia, as vertentes que questionam a aplicação da doutrina da autovinculação aos atos normativos da Administração. Nesse sentido, Johann-Christian PIELOW esclarece que o caráter vinculante "não deriva em último termo de princípios constitucionais como o da igualdade e o da proteção da confiança legítima", apresentando-se como "prolongação de uma vinculação externa" decorrente da lei. Nada obstante, o autor reconhece que a eventual revogação ou modificação do comando normativo permitirá a invocação do princípio da proteção da confiança por aqueles que nutriram expectativa na continuidade das previsões constantes da norma (Integración del ordenamiento jurídico, p. 66).

[373] MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública, p. 21.

[374] MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**, p. 233.

[375] Conforme já se registrou no capítulo anterior, a celebração de eventual acordo de vontades entre os sujeitos público e privado não está condicionada à existência de norma permissiva expressa. A opção pelo modo

Ainda assim, resta clara a importância da autolimitação que se estabelece unilateral e abstratamente, posto que a atuação normativa dos agentes estatais é (em tese) apta a conferir uma maior certeza aos administrados e aos órgãos de controle quanto às balizas da atuação administrativa consensual.

4.1.3 A estabilização dos compromissos firmados pela Administração Pública

A autolimitação administrativa soma-se à natureza convencional dos módulos substitutivos da decisão unilateral para afastar quaisquer dúvidas quanto à vinculatividade dos compromissos consensualmente firmados entre a Administração Pública e os particulares.

Além de o acordo de vontades resultar na criação de uma situação jurídica individual, o titular da competência administrativa autovincula-se aos seus próprios provimentos em razão do dever de coerência[376] que lhe é imposto por diversos princípios de índole constitucional. A partir do momento em que leva a cabo a opção pela solução consensual e celebra a convenção, o agente suscita no sujeito privado a legítima expectativa no sentido de que não irá exercer a sua prerrogativa unilateral e imperativa de atuação.

O poder de impor ao particular a situação jurídica pretendida apenas seguirá existindo no âmbito de eventuais espaços de dissenso, não abarcados pelo acordo substitutivo. Em relação a todos os demais aspectos, o seu modo de agir resta conformado – e delimitado – pelas disposições conjuntamente delineadas pelas partes.

Dito isso, não seria exagero afirmar que a Administração fica duplamente vinculada aos termos do ajuste: não bastasse a norma individual e concreta que se estabelece a partir do consenso, a segurança jurídica e os princípios da moralidade, boa-fé objetiva e proteção da confiança igualmente impõem a manutenção da estabilidade no relacionamento entre os órgãos administrativos e a sociedade.

---

consensual de atuação está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, de forma que o ajuste corresponde ao resultado de certo procedimento de decisão adotado pela Administração.

[376] Para Luis Mª. DÍEZ-PICAZO, o dever de coerência da atuação administrativa pode ser interpretado como uma decorrência dos princípios de interdição da arbitrariedade e da boa administração, aliando-se à cláusula geral da boa-fé e às garantias que lhe são inerentes (tais como a tutela da confiança) para impor à Administração a adoção de um comportamento uniforme e leal que se revela imprescindível para garantir a proteção dos administrados e o adequado funcionamento da máquina pública (La Doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 98, p. 7-46, mai./ago. 1982. p. 15).

Como decorrência, há que se constatar a inviabilidade de o administrador simplesmente desconsiderar ou pretender rever/modificar, de forma unilateral, as condições anteriormente avençadas por ele próprio ou por outro agente estatal.

É sabido que as funções administrativas são desempenhadas de maneira desconcentrada e descentralizada[377], por diferentes órgãos e sujeitos de direito.

No entanto, não se pode perder de vista a unicidade da Administração. A autoridade administrativa está apenas investida de competências, que lhe foram atribuídas pelo ordenamento jurídico, para formar e exteriorizar a vontade do ente estatal ao qual se encontra vinculada. Não é razoável – e nem juridicamente possível – que se pretenda diferenciar a figura do agente público da do órgão ou sujeito de direito que ele integra.

Como adverte DÍEZ-PICAZO ao tratar dos precedentes administrativos, é a Administração que possui personalidade jurídica e titulariza o rol de competências administrativas, de modo que todos os seus órgãos devem atuar coordenadamente, não sendo possível aludir à falta de vinculação (derivada da ausência de identidade subjetiva[378]) quando se aponta perante um determinado órgão a existência de um posicionamento emitido por outro órgão da mesma entidade administrativa[379].

O autor espanhol esclarece, ademais, que o caráter vinculante também estará presente nas hipóteses em que se constatar a transferência de atribuições de uma esfera da Administração para outra. A seu ver, "a sucessão do exercício de uma competência implica na sucessão das cargas que tal exercício comporta"[380], o que abrangeria inclusive a obrigação de não frustrar as legítimas expectativas dos administrados.

Via de regra, idêntico raciocínio pode ser aplicado frente às demais modalidades de autovinculação administrativa.

---

[377] Considerando que é materialmente inviável que o Chefe do Executivo desempenhe todas as funções administrativas que lhe competem, os processos de desconcentração e descentralização do poder têm em vista o melhor atendimento do bem comum e das finalidades públicas. "Enquanto a multiplicação de órgãos no âmbito de uma mesma pessoa jurídica produz o fenômeno da desconcentração do poder, a criação de outras pessoas jurídicas gera efeito de descentralização do poder" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 116).

[378] Conforme destaca a doutrina, a natureza vinculante dos atos e decisões administrativas tem como pressuposto o preenchimento de requisitos de ordem subjetiva e objetiva. O requisito subjetivo resta atendido quando se verificar a identidade do sujeito administrativo (no sentido de que o comportamento que suscitou a confiança legítima tenha sido praticado pela mesma Administração Pública), enquanto que o objetivo depende da verificação da similaridade das circunstâncias envolvidas no caso concreto sob análise. A propósito: DÍEZ-PICAZO, Luis M.ª. La Doctrina del precedente administrativo, p. 18; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas, p. 235-237.

[379] DÍEZ-PICAZO, Luis M.ª. La Doctrina del precedente administrativo, p. 19.

[380] DÍEZ-PICAZO, Luis M.ª. La Doctrina del precedente administrativo, p. 20.

Basta que o comportamento que suscitou confiança tenha sido emitido por agente integrante do mesmo ente público, ainda que não exista propriamente uma identidade quanto à autoridade responsável pela exteriorização da vontade. Isto é: não pode um agente ignorar a decisão ou o compromisso assumido por outrem sob o argumento de que a conduta teria sido praticada por pessoa distinta.

É irrelevante que provimento administrativo tenha decorrido da atuação desta ou daquela autoridade. O posicionamento externado não vincula apenas a pessoa física ou o órgão que o emitiu, abrangendo também o próprio sujeito administrativo em nome do qual a decisão foi praticada[381].

Nessa toada, Alexandre Santos de ARAGÃO ressalva que o reconhecimento da existência de um conjunto sistêmico de centros de governo impede que a compartimentalização das atividades públicas seja tomada como justificativa para a contraditoriedade ou incongruência do agir administrativo. A noção de autolimitação deve incidir "mesmo quando se esteja diante de órgãos distintos, desde que integrantes da mesma Administração Pública, já que é essa a pessoa jurídica de quem o dever de coerência é exigido"[382].

A questão não parece despertar maiores controvérsias quando se está diante de uma competência desempenhada pelo agente, no exercício das atribuições que lhe foram conferidas de forma clara e exclusiva pelo ordenamento. Mas poderia haver dúvida quanto à estabilização da decisão administrativa nos casos em que se verificar a existência de mais de um órgão legitimado a exercer determinada atribuição.

Para Hugo MAZZILLI, caso um determinado órgão discorde do compromisso de ajustamento de conduta firmado por outro ente colegitimado, estaria autorizado a desconsiderar os termos do ajuste e buscar provimento jurisdicional destinado a melhor promover a defesa dos interesses difusos ou coletivos em questão, conforme a solução que lhe parecer mais adequada[383]. Ou seja, segundo o autor, a celebração do acordo não impede

---

[381] MAIRAL, Héctor. **La Doctrina de los propios actos y la Administración Pública**. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 64.

[382] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas, p. 235-237. Ainda segundo as lições do autor, "mesmo em se tratando de entidades – e não de meros órgãos – da mesma esfera da Federação, não há de ser descartada *a priori* a aplicação da teoria [da autolimitação administrativa], a depender do regime autonômico próprio e da vinculação ministerial da entidade" (Op. cit., p. 235 – nota de rodapé).

[383] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 292-293. Nesse mesmo sentido: SOUZA, Motauri Ciochetti. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 63.

que outro legitimado ativo simplesmente ingresse em juízo com ação civil pública versando sobre o mesmo objeto por ele contemplado.

Esse entendimento não se coaduna, todavia, com o caráter convencional de tais mecanismos de atuação e nem muito menos com os princípios constitucionais que pautam a conduta dos agentes administrativos e protegem os cidadãos-administrados contra o arbítrio do poder estatal.

Ao se admitir a simples desconsideração de compromisso regularmente pactuado por autoridade legitimada para tanto, estar-se-ia permitindo a desnaturação da própria lógica da consensualidade, haja vista que tal postura geraria enorme insegurança jurídica e desestimularia os particulares e a Administração a optarem por soluções negociadas. A eficácia das medidas concertadas de atuação restaria comprometida, conduzindo à inutilidade desses instrumentos.

Embora a eventual sobreposição de competências tenda a tornar a situação um tanto quanto mais complexa, em especial no que se refere à verificação atinente à regularidade da atuação estatal[384], entende-se que não há motivo para que venha a ser tida como fundamento apto a amparar a adoção de entendimentos dissonantes por parte da Administração.

O harmônico funcionamento da máquina pública exige que as diferentes entidades administrativas estejam orientadas à satisfação de interesses gerais, o que obsta que a atuação de seus agentes se desenvolva de forma autocentrada, tendo em conta apenas a realização de suas próprias funções. Por conseguinte, seria desprovido de razoabilidade – e incompatível com os princípios que norteiam a conduta da Administração – admitir que diferentes órgãos pudessem se comportar de forma distinta perante uma mesma circunstância.

Tais ponderações justificam-se na medida em que evidenciam o dever de respeito e deferência que se estabelece a partir da celebração do acordo de vontades entre os sujeitos público e privado.

Anderson SCHREIBER identifica uma verdadeira "proibição ao comportamento contraditório" do administrador, o que impede que a sua atuação viole a legítima confiança da outra parte quanto à conservação do sentido objetivo do comportamento anteriormente adotado[385].

---

[384] Afinal, far-se-á necessário examinar se de fato existem diferentes autoridades administrativas dotadas de legitimação para a prática de um determinado comportamento e se aquela que efetivamente agiu o fez nos estritos limites da sua competência.

[385] SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 102-103.

A segurança jurídica combina-se aos princípios da lealdade e boa-fé para demandar a necessidade de uma atuação coerente por parte do Poder Público, impedindo que os atos e decisões possam ser injustificadamente modificados a bel-prazer dos diferentes agentes estatais.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, a moralidade administrativa impõe ao administrador a obrigação de proceder em relação aos cidadãos "com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos"[386].

Sob esse prisma, a partir do momento em que o agente público assume, explícita e inequivocamente, o compromisso de se comportar de determinada maneira, gerando fortes expectativas no particular e/ou induzindo-lhe a adotar certas condutas ou decisões, surge o dever de observância à vontade externada. O respeito à palavra consensualmente dada impõe-se desde o aperfeiçoamento do acordo e mesmo que as partes ainda não tenham adotado nenhum ato concreto destinado a dar cumprimento ao conjunto de direitos e obrigações que foi por elas assumido[387].

Com exceção das hipóteses nas quais se está diante de controle hierárquico, em que a própria eficácia do ajuste fica condicionada à homologação por parte da autoridade superior (que em tese detém competência para rechaçar o cabimento do instrumento consensual ou para questionar o conteúdo da convenção)[388], não se reputa adequado que o administrador possa agir em descompasso com as condições pactuadas por si ou por outro agente administrativo.

Em suma: a substituição da prerrogativa unilateral e imperativa de atuação pelo acordo de vontades acarreta a estabilização do compromisso perante todos os diferentes agentes e repartições que compõem a pessoa pública no âmbito da qual ele veio a ser

---

[386] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, p. 123.

[387] Entende-se que a situação que se apresenta diante dos acordos substitutivos é distinta daquela relativa às promessas estatais, em que o direito de exigir o cumprimento da obrigação apenas passa a integrar o patrimônio jurídico do administrado no instante em que ele próprio cumpre ou inicia o cumprimento da conduta incentivada (Cf. MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 163). Isto porque, no âmbito dos acordos, a legítima expectativa surge por ocasião da celebração da convenção, mesmo que nenhuma das partes tenha adotado providências no sentido de realizar as suas disposições.

[388] Convém notar que, a menos que a atuação consensual decorra de expressa previsão normativa que delineie as condições e o procedimento a ser seguido para fins de formalização do ajuste, o controle hierárquico seguirá a mesma lógica imposta à competência unilateral de atuação que se pretende substituir por meio do acordo de vontades. Isto é: caso a regra que atribui a competência para a imposição de sanções preveja que a decisão do agente deverá ser posteriormente submetida à análise e chancela do seu superior hierárquico, o mesmo deve ocorrer com eventual convenção que vier a ser celebrada em substituição à penalidade.

firmado. Além de vincular a própria autoridade que o celebrou, obrigando-a a observar e dar cumprimento aos termos ajustados, o acordo substitutivo delimita também a conduta dos sujeitos de direito que se colocam externamente à relação jurídica, mas têm o seu comportamento conformado em virtude dela.

Considere-se uma situação na qual a autoridade competente tenha escolhido substituir a decisão unilateral que lhe incumbia por um termo de ajustamento de conduta ou outra figura similar.

Ao optar pelo instrumento consensual, o administrador público convenciona o modo de exercício de sua competência e estabelece, conjuntamente com o particular, a solução mais adequada ante as especificidades do caso concreto. Consequentemente, e tendo em vista o dever de coerência e uniformidade que abrange a Administração como um todo, não se pode admitir que outro agente desconsidere o posicionamento consolidado por meio do acordo de vontades ou tenha a intenção de rever ou afastar as condições consensualmente estipuladas pelas partes.

Mesmo que se possa cogitar da existência de diferentes órgãos legitimados a firmar o TAC, eventual entendimento discrepante entre eles não justificaria uma postura contraditória da Administração Pública em relação à orientação externada no âmbito de um acordo de vontades anteriormente entabulado[389].

A adoção de comportamento nesse sentido (destinado, por exemplo, a conferir nova significação às circunstâncias fáticas já consolidadas ou então a questionar o próprio conteúdo de ajuste válido e regularmente celebrado) resultaria em frontal violação aos cânones da segurança jurídica, proteção da confiança e boa-fé objetiva – os quais, conforme será melhor demonstrado a seguir, devem ser tidos como parâmetros limitativos da atuação administrativa.

Insta salientar que não há qualquer equívoco em se afirmar que a normatividade inerente aos acordos substitutivos é por si só suficiente para determinar a sua necessária observância e estabilizar o relacionamento instaurado entre o administrador público e o particular. Afinal, a celebração do pacto cristaliza um conjunto de direitos e obrigações

---

[389] Também nesse sentido se manifesta Ana Luiza de Andrade NERY: "A nosso ver, tendo sido celebrado compromisso de ajustamento de conduta entre o particular e órgão público legitimado, não há possibilidade de outro colegitimado desconsiderá-lo sob o argumento de que não concorda com seus termos. Entendemos que o compromisso de ajustamento de conduta celebrado por um órgão público legitimado *vincula* aos demais órgãos públicos colegitimado, que não tenham participado do ajuste" (**Compromisso de Ajustamento de Conduta**, p. 250-251).

considerado satisfatório pelos envolvidos, consistindo em verdadeiro mecanismo de criação normativa à luz das circunstâncias concretamente consideradas.

Mas é necessário reconhecer também que a lógica da autovinculação administrativa conjuga-se ao caráter normativo das convenções para conferir maior solidez à regra geral de estabilidade das relações jurídicas.

Tendo como premissa que o acordo de vontades que substitui o provimento unilateral e imperativo deriva da autocontenção voluntária e intencional do agente administrativo, consubstanciando a aplicação do direito ao caso concreto, não soa desarrazoado afirmar que o ajuste estabelece uma espécie de (auto)vinculação qualificada. A norma individual e concreta derivada do consenso alia-se à segurança jurídica e a outros princípios constitucionais para robustecer o dever de observância às condições pactuadas.

Convém ponderar que esse reforço à estabilidade, proporcionado pela autolimitação administrativa, não se apresenta apenas como um mecanismo de proteção dos cidadãos. Na realidade, traz diversos benefícios para a própria Administração, posto que que permite uma maior uniformização das respostas expedidas pelos diferentes órgãos da estrutura administrativa, reduz o risco de litígios no que concerne à aplicação da lei, acelera a capacidade de resposta da máquina pública diante de demandas semelhantes ou equivalentes e confere maior previsibilidade e certeza ao agir administrativo, facilitando o engajamento dos particulares nas políticas públicas e atividades que demandam a sua colaboração (tais como a própria oferta de bens e serviços para o Poder Público)[390].

4.2 A VINCULAÇÃO DO PARTICULAR À VONTADE EXTERNADA

Da mesma forma que os agentes estatais, o particular também encontra-se vinculado aos termos do acordo de vontades. Não é dado ao sujeito privado simplesmente voltar atrás ou mudar de ideia com relação ao compromisso firmado entre as partes.

O caráter vinculante dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral consiste, pois, em uma via de mão dupla: ao celebrar a convenção, o cidadão-administrado (enquanto pessoa física ou jurídica) tem o direito de exigir do administrador o integral cumprimento das obrigações avençadas; em contrapartida, tem o dever de agir adequadamente, conforme os parâmetros e condições da situação jurídica estabelecida.

---

[390] MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública, p. 16.

Importa verificar, portanto, como se delineia a natureza vinculante das obrigações consensualmente assumidas pelos particulares perante a Administração.

4.2.1 A relevância da autonomia privada para a formação do vínculo contratual

No entendimento de Orlando GOMES, a disciplina obrigacional compõe a base não apenas das normas de direito civil, mas do ordenamento jurídico como um todo[391]. Sob esse prisma, a noção de autonomia da vontade (posteriormente abordada sob o título de autonomia privada[392]) pode ser tida "como a pedra angular da construção do ideário jurídico moderno"[393].

Como nota Anderson SCHREIBER, em um primeiro momento, a autonomia é concebida "como um espaço privilegiado de liberdade individual, um círculo de perseguição dos interesses privados, que – coerentemente com isto – eram definidos, por exclusão, como aqueles interesses estranhos ao Estado"[394]. Corresponderia, pois, ao campo de livre exercício da vontade individual, desvinculada de um escopo ou fim que não aquele destinado à satisfação dos interesses do próprio sujeito.

É a partir dessa concepção que se verifica a consagração do entendimento de que os particulares têm a prerrogativa de autorregular suas atividades, tornando-se os legisladores de suas próprias relações, na medida em que a vontade por eles manifestada daria origem à normas jurídicas cujos efeitos são reconhecidos pelo ordenamento estatal. Consoante a síntese de Francisco AMARAL, a manifestação de vontade deve ser vista "como fator de eficácia jurídica nos limites e na forma estabelecida pelo sistema normativo"[395].

Em sentido lato, a autonomia é caracterizada pelo poder de autodeterminação dos sujeitos, que se concretiza mediante a autorização para expedir normas jurídicas ou para

---

[391] GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2 ed. São Paulo: RT, 1980. p. 1.

[392] Francisco AMARAL procura diferenciar os conceitos de *autonomia da vontade* e *autonomia privada*, ressaltando que as vontades psicológica e jurídica do indivíduo não podem ser equiparadas. A primeira delas (abarcada pelo conceito de *autonomia da vontade*) abrangeria o querer psíquico associado à adoção de um dado comportamento voltado ao alcance de uma finalidade. Já a segunda (relacionada à a*utonomia privada*) consistiria na liberdade jurídica conferida ao sujeito para que possa criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, com o reconhecimento e a proteção do direito (**Direito civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 344). Inobstante a isso, e embora a locução *autonomia privada* pareça ter se consolidado ao longo do tempo, ambas as expressões costumam ser indistintamente empregadas pela doutrina para designar a vontade jurídica do sujeito.

[393] STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 37.

[394] SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**, p. 59.

[395] AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. p. 213.

concorrer para a sua formação, bem como pela existência de um conjunto de normas primárias que constitui e delimita tal poder[396].

A margem de liberdade conferida aos agentes privados permite que estipulem o conteúdo, a forma e os efeitos de suas práticas, desde que observadas as limitações impostas pelo ordenamento jurídico.

Esclareça-se que – conforme será examinado a seguir – os contornos da ideia de autonomia foram reestruturados com o passar do tempo. Mas isso não afasta a sua importância enquanto fonte criadora de direitos e obrigações, inclusive no âmbito do direito público.

Após ressalvar que a natureza instrumental da atuação administrativa "exige que a vontade do sujeito [público] seja orientada a promover a satisfação do interesse coletivo", Marçal JUSTEN FILHO explica que, sob ângulo diverso, "a vontade é menos importante no tocante ao ato administrativo do que em relação aos atos privados"[397].

Tal constatação deriva da possibilidade de se admitir a existência, validade e eficácia de um ato administrativo meramente aparente ou, ainda, a manutenção dos efeitos de ato eivado por grave vício na formação da vontade do agente estatal, sob fundamento da tutela à confiança legítima do cidadão[398]. Não bastasse isso, há que se ter em vista que o dever atribuído ao administrador público de buscar sempre a melhor solução para o caso concreto por vezes afasta qualquer margem de escolha no que diz respeito à alternativa cabível diante de determinada circunstância.

Situação diversa apresenta-se em relação aos particulares.

O administrado não pode ser obrigado a contratar com a Administração e nem tampouco tem o dever jurídico de se comportar desta ou daquela maneira. Ainda que sob certos limites, é legítimo ao particular agir em prol da satisfação de seus interesses egoísticos.

Por via de consequência, percebe-se que a autonomia privada adquire inequívoca relevância frente à formação da relação jurídica travada entre os sujeitos público e privado. Não é viável cogitar do surgimento de uma vinculação específica, que ultrapasse os

---

[396] D'EUFEMIA, Giuseppe. **L'Autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo**. Milano: Giuffrè, 1942. p. 12. No original: "Gli elementi che caratterizzano l'autonomia in senso lato sono: il potere di autodeterminazione del soggetto di autonomia, che si concreta nella potestà di emanare norme giuridiche o, per lo meno, di concorrere alla formazione di esse; la complementarietà di tale potere, che presuppone norme giuridiche primarie che lo costituiscono e lo limitano".
[397] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 277.
[398] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 277.

condicionamentos normais aos quais todos os cidadãos estão submetidos por força do próprio ordenamento jurídico (como, por exemplo, as limitações impostas pelo exercício do poder de polícia), sem que tenha havido o consentimento ou a manifestação de vontade do particular.

Onofre Alves BATISTA JÚNIOR mostra, com base nas lições de Karl LARENZ, que a vontade do administrado pode ser determinante para a eficácia de certas práticas administrativas. A despeito da existência de efeitos jurídicos adjacentes, que incidem a partir da própria atuação unilateral e independem da vontade do destinatário do ato para se aperfeiçoarem, é possível que os efeitos "próprios e finalisticamente específicos" da conduta do administrador público estejam condicionados à presença de elemento volitivo que lhe é externo[399].

O autor toma como exemplo a nomeação de um servidor público aprovado por meio de concurso. A Administração se vê desde logo impedida de convocar qualquer outro sujeito que não aquele contemplado pelo ato de nomeação (o que seria uma consequência adjacente da sua prática), mas o efeito jurídico por ela pretendido – qual seja, a efetiva investidura no cargo público – depende da vontade do particular. Até que o candidato aprovado manifeste a sua aceitação através do ato formal de posse, não se verifica o aperfeiçoamento jurídico da aquisição da titularidade da posição correspondente ao cargo público[400].

É o que Maria Sylvia Zanella DI PIETRO denomina de ato negocial, cuja produção de efeitos necessariamente pressupõe a manifestação de vontade concordante dos sujeitos público e privado. Nessas hipóteses, não há que se falar em imperatividade da atuação administrativa, "porque os efeitos são queridos por ambas as partes" (como é o caso da licença, autorização, admissão, permissão, dentre outros)[401].

Sem que se pretenda desconsiderar a significativa função da vontade em relação a tais atos, importa destacar que a autonomia do particular adquire ainda mais relevância quando se está frente ao que DI PIETRO denomina de "negócios jurídicos administrativos". Trata-se das relações contratuais nas quais as partes podem autorregular e autogerir suas condutas, desde que observem os limites estipulados pelo ordenamento e os interesses públicos legalmente tutelados, sendo que tanto o conteúdo do ajuste como os efeitos

---

[399] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**, p. 224-225.
[400] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**, p. 226.
[401] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 265.

jurídicos pretendidos são formatados justamente pela vontade externada pela Administração Pública em conjunto com o cidadão-administrado[402].

Os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral estão inseridos nesse contexto.

Nos casos sob exame, a formação do vínculo não deriva de atos unilaterais convergentes ou da mera aquiescência do sujeito privado com obrigações que lhe foram impostas. Não se trata de conferir efetividade prática a um ato previamente expedido pela Administração Pública, mediante a utilização de suas prerrogativas unilaterais e imperativas de atuação.

A vontade do particular compõe a própria essência do acordo formatado pelas partes. Sem ela, o ajuste não existe e ao agente estatal não resta outra alternativa senão recorrer ao exercício do seu poder unilateral, mesmo que repute que a solução por ele contemplada não representa a alternativa mais adequada à luz do caso concreto.

Mas se, sob um determinado enfoque, a autonomia privada possui indiscutível importância no que diz respeito à criação do conjunto de direitos e obrigações que irá reger o relacionamento das partes, sob outro, é necessário considerar os limites que impõe à liberdade de atuação do particular.

O administrado não está obrigado a participar de eventual negociação com a Administração Pública e nem a celebrar o acordo[403]. Nada impede que prefira se submeter à decisão unilateral da autoridade administrativa.

---

[402] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 265.

[403] Em tese, poder-se-ia argumentar que o poder unilateral atribuído à Administração Pública com vistas a permitir a imposição de determinadas situações jurídicas independentemente da vontade do particular faz com que o cidadão-administrado não tenha outra opção além daquela que lhe é apresentada pelo agente estatal. Isso implica em admitir que a atuação unilateral e imperativa pode ser invocada com o nefasto propósito de obrigar o sujeito privado a concordar com determinadas condições – as quais não decorreriam de negociação entre as partes, mas, sim, de verdadeira imposição do agente administrativo. À primeira vista, e embora não seja possível afastar completamente a ocorrência de tal hipótese, eventual preocupação nesse sentido parece ser mitigada pelas peculiaridades da atuação administrativa e pela própria disciplina jurídica das relações contratuais. Em primeiro lugar, convém sublinhar que as competências administrativas decorrem do ordenamento jurídico. A procedimentalização da atividade administrativa e a necessária vinculação da vontade da Administração aos fins públicos por ela tutelados abranda os riscos de desvios semelhantes ao ora cogitado. O sujeito privado tem – ou deveria ter – ciência das possíveis consequências que podem se apresentar diante da sua conduta (*v.g.*, deveria saber que determinada prática reprovável é apta a ensejar a imposição de uma sanção previamente prevista), de modo que é pouco provável que venha a ser simplesmente surpreendido pela existência de uma prerrogativa unilateral apta a interferir na sua esfera jurídica. Em segundo lugar, os acordos substitutivos submetem-se ao regramento geral (ainda que sujeito a adaptações) aplicável aos contratos enquanto categoria jurídica, de modo que eventual vício de vontade poderia, em tese e diante de circunstâncias excepcionais, servir de fundamento para a invalidação do compromisso. Sobre os vícios de consentimento nos contratos celebrados pela Administração, veja-se: KLEIN, Aline Lícia. **Os vícios dos contratos administrativos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2005. p. 136 e ss.

Contudo, tendo optado pelo consenso e celebrado a convenção que dá origem à situação jurídica individual e concreta, restará vinculado aos estritos termos do compromisso consensualmente estabelecido entre as partes.

Retomando-se a natureza contratual dos módulos substitutivos, impende reconhecer a sua força obrigatória, consubstanciada nos princípios *lex inter partes* e *pacta sunt servanda*. Significa dizer que o fiel cumprimento dos deveres reciprocamente avençados não constitui mera faculdade. Assim como ocorre com o sujeito público, a parte privada também se vê impedida de desconsiderar os termos do ajuste firmado.

O contrato "funde formalmente as vontades administrativa e do administrado", resultando no surgimento de "uma *lex contractus* que regerá a relação entre a Administração e administrado"[404].

Vale observar que o dever de observância às condições pactuadas forma a base das relações contratuais, caracterizando-se como verdadeiro princípio geral do direito. O ordenamento deve necessariamente prezar pela segurança jurídica e pela manutenção da confiança, sob pena de gerar significativa instabilidade[405].

Examinando a eficácia dos vínculos contratualmente estabelecidos, Judith MARTINS-COSTA ressalta que o acordo de vontades funciona não só como "*ato de determinação*" de direitos e obrigações, mas também como "*ato de comunicação*" que configura o fato gerador de expectativas legítimas. Logo, a dupla valência do acordo de vontades resulta no surgimento do inequívoco e voluntário comprometimento das partes com o cumprimento daquilo que foi por elas pactuado[406].

Os ensinamentos de Caio Mário da SILVA PEREIRA corroboram com essa orientação. Ao tratar da força obrigatória dos contratos, o autor destaca que o respeito à palavra empenhada deve ser tido como um verdadeiro postulado da vida social:

> A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos

---

[404] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**, p. 232.
[405] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 393.
[406] MARTINS-COSTA, Judith. Contratos: conceito e evolução. p. 56-57. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 56-57.

> participantes, que não tem mais a liberdade de se forrarem às consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro[407].

Em que pese as ponderações que possam ser feitas à luz das peculiaridades específicas das relações contratuais travadas pela Administração, em especial no que diz respeito à instrumentalidade da atuação administrativa em vista da realização dos direitos fundamentais e das finalidades públicas, não é possível (e nem razoável) que se pretenda negar a natureza vinculante do acordo de vontades legitimamente celebrado entre o agente estatal e o particular.

A vontade externada pelo administrado conforme a sua autonomia privada conjuga-se à vontade funcionalizada do administrador público para dar origem a uma convenção que se incorpora ao ordenamento jurídico, substituindo o ato administrativo unilateral por uma situação jurídica subjetiva, cujas estipulações deverão ser cumpridas por ambas as partes.

4.2.2 Da autonomia privada à lógica da instrumentalidade e boa-fé

Apesar da manifesta relevância da autonomia privada no que se refere à formação da relação jurídica e o consequente surgimento de um conjunto de direitos e obrigações vinculante para as partes, a liberdade dos particulares nunca foi ilimitada. Silvio VENOSA explica que mesmo se consideradas as formulações individualistas tradicionais[408], inspiradas no modelo francês, a conduta dos sujeitos privados esbarrava nos princípios de ordem pública, que impunham balizas ao exercício da vontade individual[409].

Também para Orlando GOMES a liberdade de agir estaria desde sempre circunscrita pela ordem pública e pelos bons costumes[410].

Ocorre que, com o passar dos anos e o aumento da complexidade da sociedade e das relações socioeconômicas, verifica-se o surgimento de novos parâmetros de atuação. A

---

[407] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civi**l: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 13.

[408] Antônio Junqueira de AZEVEDO identifica a existência de três modelos teóricos distintos quanto à autonomia da vontade: a) o posicionamento individualista, baseado na ideia de um poder de fato, intrínseco à própria vontade humana; b) o posicionamento estatizante, centrado na noção de um poder outorgado pelo Estado; e, por fim, c) o posicionamento social, que parte do pressuposto de que a autonomia decorre da sociabilidade humana (Ciência do Direito, Negócio Jurídico e Ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 13-20). Após destacar a insuficiência das duas primeiras teorias, o autor toma a terceira como a mais adequada para explicar o fenômeno, eis que "é a sociedade, em qualquer grau, e com ou sem Estado, que reconhece a possibilidade de seus membros fazerem negócios jurídicos" (Op. cit., p. 20).

[409] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, p. 391.

[410] GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.

margem de autonomia dos indivíduos é reconfigurada em razão da incidência de valores consagrados pela ordem constitucional.

Como nota Marçal JUSTEN FILHO, a autonomia da vontade já foi interpretada em termos muito mais abrangentes do que se observa nos dias atuais. O movimento de constitucionalização relativizou direitos até então dotados de absolutez, vinculando a conduta dos sujeitos "à realização de fins que transcendem a satisfação das conveniências egoísticas individuais"[411]. Ainda que o comportamento dos cidadãos-administrados seja norteado pela liberdade individual e pela disponibilidade dos interesses envolvidos, o seu agir estará delimitado pela indispensável persecução das finalidades buscadas pela coletividade.

É possível observar o deslocamento do "eixo valorativo do sistema do Código Civil – como ordenador das relações privadas – para a Constituição, fonte dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico"[412].

A consagração da noção de solidariedade e o reconhecimento da aplicabilidade direta das normas constitucionais determinaram a reformulação do conceito de autonomia privada. A expressão da vontade individual deixa de ser vista como um campo de livre perseguição dos interesses privatísticos de cada sujeito, vindo a receber a tutela do ordenamento jurídico "apenas quando e na medida em que se mostre em consonância com a dignidade humana entendida sob uma ótica solidarista"[413].

Não se trata de admitir a existência de limitações extrínsecas à liberdade de agir dos indivíduos, mas de reconhecer a sua instrumentalidade em relação aos objetivos a serem perseguidos pelo Estado. Os poderes jurídicos – quer seja de natureza pública ou privada – passam a ser tidos como instrumentos de realização dos direitos fundamentais e das necessidades coletivas.

A própria legitimidade da atuação dos particulares é reposicionada em vista do respeito a interesses que extrapolam o querer autocentrado daquele que praticou a conduta. O foco da análise transmuta-se do emissor da vontade para o conteúdo desta e para as suas

---

[411] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 2015, p. 129 (o trecho foi mantido apenas na versão eletrônica da edição subsequente da obra). Em sentido semelhante: "a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais" (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 201).

[412] MORAES, Maria Celina Bodin de. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do direito civil. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil:** construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 465.

[413] SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**, p. 60-61.

possíveis repercussões em face da contraparte ou de terceiros que se colocam externamente à relação jurídica.

Partindo desse enfoque, Pietro PERLINGIERI indica que a proteção conferida à autonomia privada deve ser examinada à luz de cada caso concreto, estando condicionada ao alcance dos valores consolidados pela ordem constitucional:

> A autonomia privada não é um valor em si, e sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema de normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e ao ordenamento globalmente considerado, do outro[414].

O indivíduo continua autorizado a perseguir seus interesses privatísticos, mas a regularidade da sua atuação será examinada em vista de um todo que ultrapassa a mera manifestação volitiva, para abarcar o conjunto de princípios e direitos fundamentais que fixa metas coletivas em prol de toda a sociedade.

Daí porque a boa-fé consagra-se como um verdadeiro parâmetro de conduta tanto para os agentes públicos como para os cidadãos-administrados, obrigando-os a proceder corretamente, com lealdade e lisura.

Todos os sujeitos de direito devem orientar o seu comportamento em atenção a tais cânones, o que – segundo Egon Bockmann MOREIRA – "impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas", demandando a estabilidade, transparência e previsibilidade da prática administrativa e impedindo que sejam prestigiadas juridicamente as condutas de má-fé dos particulares[415].

Na reflexão de Thiago MARRARA, a boa-fé constitui um conceito geral do direito, que pode ser interpretado de acordo com duas acepções distintas. Em seu caráter subjetivo, representa a crença ou a confiança de alguém no comportamento de outrem, relacionando-se com uma avaliação que ocorre no plano psíquico do sujeito. Como boa-fé objetiva, "o conceito designa uma cláusula geral ou um *standart* jurídico composto por condutas que, em um determinado período histórico-jurídico, são consideradas adequadas sob o ponto de vista da moralidade e da honestidade" para reger as relações intersubjetivas[416].

---

[414] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 277.
[415] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo:** princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 116.
[416] MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa, p. 229. Como adverte Paulo NALIN, a diferença essencial a ser levada em

Não raramente, e como já se expôs acima, a menção à boa-fé costuma ser acompanhada da referência a outros princípios pertencentes à mesma "constelação de valores"[417], tais como a segurança jurídica, a moralidade e a proteção da confiança. Isto porque, a despeito dos seus diferentes nuances, todos esses postulados buscam, em última análise, evitar a frustração de expectativas e garantir a retidão dos comportamentos.

Entretanto, a boa-fé objetiva – enquanto regra de conduta que impõe o respeito à correção, lealdade e lisura do comportamento das partes – adquire especial relevância no horizonte das relações convencionais que se apresentam em face da realidade contemporânea.

A ressignificação do conceito de autonomia privada tem por consequência o reconhecimento de que a situação jurídica consensualmente estabelecida não se delineia perante os particulares única e exclusivamente em virtude da vontade por eles externada. Além de limitar o exercício de direitos subjetivos e parametrizar a interpretação das normas jurídicas, a cláusula geral da boa-fé consubstancia-se numa fonte autônoma de criação de deveres jurídicos[418].

Para Renata STEINER, a vontade individual "é a principal, porém, não a única fonte de direitos e obrigações"[419]. Ainda na esteira das concepções da autora, a autonomia é gradualmente reposicionada em virtude da boa-fé e da função social dos contratos, perdendo a sua centralidade como único pilar de sustentação das obrigações instituídas:

> Se, na visão tradicional, o princípio do *pacta sunt servanda* vigorava tendo sem vista o fato de as obrigações decorrerem necessariamente do exercício da vontade soberana do indivíduo, a nova ordem de coisas mostra que a máxima não é absoluta.
> Em um primeiro estágio, a tutela do contrato ocorre não apenas em consideração de seus elementos constitutivos, mas também em consideração à sua justiça interna e externa, à luz da função social que autoriza a própria existência do contrato. Enquanto complexidade, é a relação jurídica obrigacional um todo de direitos e deveres que devem ser cumpridos, assim, quando merecedores de tutela jurídica

---

conta é que, no âmbito da boa-fé objetiva, considera-se uma "ótica exterior ao declarante, na qual pouco importam as boas ou más intenções, sobressaindo-se os atos e manifestações, em conformidade com padrões ético-jurídico vigentes" (Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral dos contratos**, p. 123).

[417] COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei 9.784/1999). **Revista Brasileira de direito Público - RBDP**, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul./set. 2004. p. 8.

[418] Teresa NEGREIROS parte das lições de Judith MARTINS-COSTA para enfatizar que a boa-fé objetiva cumpre uma função tripartite, atuando como: "(i) cânon interpretativo-integrativo; (ii) norma de criação de deveres jurídicos; e (iii) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos (**Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 119).

[419] STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual**, p. 50.

> (*i.e.*, enquanto cumpridores da função social a eles inerente), em estreita consideração aos mandamentos da boa-fé objetiva[420].

MENEZES CORDEIRO deixa claro que as normas de conduta impostas pela boa-fé não são atendidas mediante simples cumprimentos formais das obrigações avençadas. Impõe-se a adoção de providências voltadas à concretização dos escopos que se pretende alcançar. Isso denota a existência de deveres acessórios, "em boa parte destinados a promover a realização material das condutas devidas", sem que sejam frustrados os fins buscados ou agravada a posição das partes envolvidas na relação contratual[421].

Como resultado, tem-se que, ao lado dos deveres principais, que conferem substância à convenção, surgem obrigações acessórias ou laterais que decorrem diretamente da cláusula geral da boa-fé. Estariam inseridos nesse segundo rol os deveres relacionados ao fornecimento de informações e esclarecimentos, os relativos ao cuidado e proteção, bem como aqueles atinentes à lealdade e cooperação[422].

Também no âmbito dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral há de se reconhecer que o cumprimento do ajuste firmado entre as partes vai além da satisfação da prestação principal (qual seja, a substituição do ato unilateral pela solução consensualmente acordada entre as partes). O particular vincula-se tanto à vontade expressamente manifestada por ocasião da celebração da convenção como às finalidades visadas pelo compromisso.

Trazendo as considerações apresentadas em relação aos deveres laterais de conduta para a seara dos módulos convencionais substitutivos, pode-se afirmar que os cidadãos-administrados têm não só que observar as condições pactuadas, mas também que se comportar de forma a garantir a efetividade do acordo[423].

---

[420] STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual**, p. 84.

[421] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil.** 1 ed. (2ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001. p. 649.

[422] A sistematização proposta por Renata STEINER baseia-se nos ensinamentos de António Manuel MENEZES CORDEIRO e Fernando NORONHA, procurando fixar as três grandes categorias de deveres laterais que se apresentam em decorrência da boa-fé objetiva (**Descumprimento contratual**, p. 99). Não se trata, porém, de classificação uníssona na doutrina. Há quem opte por uma categorização mais diversificada, como se observa a partir dos ensinamentos de Judith MARTINS-COSTA, para quem os deveres laterais abrangem: (a) deveres de cuidado, previdência e segurança; (b) deveres de aviso e esclarecimento; (c) deveres de informação; (d) dever de prestar contas; (e) deveres de colaboração e cooperação; (f) deveres de proteção e cuidado; e (g) deveres de omissão e de segrego (**A boa-fé no Direito Privado:** sistemática e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p. 439).

[423] É evidente que a parte pública possui essas mesmas obrigações. Trata-se de uma decorrência direta dos valores e princípios norteadores da atuação administrativa – dentre os quais, se insere, inclusive, a boa-fé. As ponderações apresentadas em relação aos particulares justificam-se, contudo, em razão do posicionamento comumente apresentado (por vezes, de forma acrítica) no sentido de que a Administração deve sempre agir em prol da realização e satisfação das necessidades públicas, enquanto que a atuação dos particulares restaria

As obrigações de informação e esclarecimento abrangeriam, portanto, o dever de expor quaisquer circunstâncias relevantes para a formação do vínculo, para as condições abarcadas pelo pacto ou para os efeitos que dele se pretende extrair. Podem ser tomadas como exemplo eventuais informações concernentes ao cumprimento de obrigações, ocorrência de fatos novos, dificuldades fáticas ou jurídicas frente ao adimplemento de determinado encargo, dentre outras.

Os deveres de cuidado e proteção corresponderiam ao dever de diligência que se impõe com o objetivo de evitar a ocorrência de danos. Ao particular, assim como ao agente administrativo, incumbe agir de forma cautelosa e diligente, procurando melhor alcançar os propósitos buscados pelo acordo sem que isso implique em quaisquer danos ao patrimônio público ou à pluralidade de interesses protegidos juridicamente.

Por último, os deveres de lealdade e cooperação compreendem, por um lado, a abstenção de práticas contrárias ao acordo substitutivo e, por outro, a adoção de comportamentos destinados a assegurar o seu efetivo cumprimento. São traduzidos a partir da necessidade de observância aos termos do ajuste e do dever de adotar condutas voltadas à devida e integral implementação das obrigações consensualmente estipuladas.

Constata-se, assim, que também em relação aos particulares a natureza vinculante dos acordos substitutivos é reforçada por elementos que extrapolam a convenção celebrada entre as partes. A boa-fé soma-se ao caráter normativo do acordo de vontades para conferir-lhe maior estabilidade e estabelecer obrigações que ultrapassam a prestação principal avençada e se voltam a garantir a própria efetividade das obrigações e deveres estipulados por meio do consenso.

4.3 A MANUTENÇÃO DOS COMPROMISSOS: PARÂMETROS DE ESTABILIDADE E PREVISIBILIDADE A SEREM OBSERVADOS

É indiscutível que a vinculatividade dos compromissos consensualmente estabelecidos entre a Administração Pública e os particulares é não só inerente aos acordos

---

caracterizada pela livre autonomia da vontade e pela perseguição de interesses egoísticos. Embora tal afirmativa não esteja incorreta, é necessário adequar a sua leitura a partir dos limites impostos pela funcionalização do direito. A ordem jurídica estabelece fins que transcendem a satisfação das conveniências privatísticas, fixando "metas coletivas que, dentro dos limites constitucionais, poderão restringir determinados direitos individuais em prol do conjunto difuso de toda a sociedade" (BINENBOJM, Gustavo. Constitucionalização do direito: a constitucionalização do direito administrativo no Brasil – um inventário de avanços e retrocessos. In: BARROSO, Luís Roberto [Org.]. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 529).

substitutivos, como também essencial para a segurança jurídica e para a própria eficácia da atuação administrativa consensual.

A hipotética inobservância do conteúdo do ajuste deve ser vista como uma prática reprovável e contrária à ordem jurídica[424], apta a ensejar não apenas as consequências expressamente pactuadas entre as partes, mas também a adoção de providências voltadas ao efetivo cumprimento do acordo substitutivo (tais como a imposição de eventuais multas)[425]. Também não se pode desconsiderar a possibilidade de surgimento do eventual direito à indenização em virtude da frustração das expectativas legitimamente depositadas[426] ou, em último caso e apenas se não restar outra alternativa, a própria retomada das prerrogativas unilaterais e imperativas da Administração.

Nessa linha, e tendo em vista que os termos da avença consolidam uma norma individual e concreta construída por força da convenção, cristalizando o plexo de direitos e obrigações tido como satisfatório pelas partes diante do caso concreto, a sua modificação há de ser tida como uma situação excepcional. Os limites a serem observados são ainda mais estritos no que se refere à revisão dos ajustes, impedindo a mera desconsideração da situação jurídica subjetiva que se estabelece a partir do acordo de vontades.

Isso não quer dizer, todavia, que os módulos convencionais devam se tornar absolutamente imutáveis.

A estagnação tende a se revelar incompatível com a dinamicidade das relações jurídicas hodiernas. Além disso, a impossibilidade de adequação dos compromissos diante

---

[424] Francisco CAMPOS já há muito indicava que "a ninguém é lícito retirar a palavra empenhada ou desfazer a promessa mediante a qual obteve vantagem de outrem" (**Direito administrativo**, v. 1. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. p. 70-71).

[425] Insta salientar que os acordos celebrados com base na Lei da Ação Civil Pública consistem em verdadeiros títulos executivos extrajudiciais (conforme expressamente prevê o § 6° do artigo 5). Nesses casos, a doutrina reconhece a possibilidade de se exigir, por meio de processo de execução, o cumprimento das obrigações consensualmente firmadas (NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**, p. 260 e ss.). Não obstante a isso, reputa-se que os demais acordos substitutivos – inclusive aqueles cujo cabimento não conta com expressa previsão normativa – também autorizam essa mesma solução, por força do inciso IV do artigo 784 do Código de Processo Civil (cf. SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade, p. 83). Observe-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de aplicação de multa contra a Administração como meio executivo para cumprimento de acordo substitutivo: "O STJ entende ser cabível a cominação de multa diária (astreintes) contra a Fazenda pública como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC), consubstanciada *in casu* no cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta" (STJ. REsp 1540360/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 25.08.2015).

[426] Odete MEDAUAR afirma existir "responsabilidade da Administração pelo caráter brusco, sem justificativa, de mudança em seu comportamento, mudança esta que engana a confiança que o cidadão podia ter legitimamente quanto à estabilidade da sua situação" (Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto [Org.], **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 117-118).

de mudanças no contexto originalmente considerado poderia comprometer a própria efetividade da medida concertada e, em casos extremos, acarretar a sua inutilidade ou descumprimento.

Mas tais hipóteses devem necessariamente ser analisadas à luz das peculiaridades inerentes a tais instrumentos de atuação. É necessário levar em conta que, ao firmar a convenção, os sujeitos público e privado optaram por substituir o poder de ação unilateral e imperativo da Administração por uma solução negociada.

Desse modo, cumpre examinar em que hipóteses os acordos substitutivos podem vir a ser modificados e quais os parâmetros limitativos a serem observados.

4.3.1 Pressuposto essencial: a inaplicabilidade das prerrogativas de ação autoexecutória e unilateral da Administração

Tomando os acordos substitutivos como relações dotadas de natureza contratual, e considerando as peculiaridades que lhes são próprias, a verificação de sua compatibilidade com o regime de prerrogativas usualmente incidente sobre a generalidade dos contratos administrativos é questão de inequívoca relevância.

As competências anômalas conferidas à Administração tendem a ser aplicadas independentemente de qualquer previsão expressa nesse sentido, abrangendo, dentre outras providências, os poderes para alterar unilateralmente a prestação a ser executada pelo particular e para extinguir o contrato por razões de conveniência e oportunidade. De mais a mais, é comum que se associe a incidência desse conjunto de poderes especiais (ditos exorbitantes, eis que não seriam comuns ou lícitos em contratos celebrados entre particulares[427]) à mera presença do agente estatal enquanto parte da relação.

Essa lógica não parece coadunar-se, todavia, com a essência dos módulos convencionais.

4.3.1.1 A consagração de um regime de referência que caracteriza a tradicional teoria do contrato administrativo

Como visto no capítulo anterior, as formulações de Gaston JÈZE, que lançaram as bases para a consolidação da teoria do contrato administrativo, partiam da premissa de que o regime especial a ser observado – marcado por prerrogativas da Administração – não

---

[427] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 312.

decorria de características intrínsecas a tais vínculos ou de um valor inerente à pretensa superioridade dos agentes administrativos, mas sim da necessidade de se assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos.

Segundo a sua concepção, o princípio fundamental que domina a execução dos contratos administrativos corresponde ao "respeito à palavra dada" e ao consequente dever que recai sobre as partes contratantes no sentido de executarem "suas obrigações respectivas de *boa fé*, segundo as condições em que elas foram estipuladas"[428].

As "regras especiais" que incidem sobre tais contratos não se destinam, pois, a legitimar a má-fé ou a possibilitar a inobservância das condições avençadas. Por meio da contratação, o particular torna-se um verdadeiro colaborador da Administração, o que conduz ao reconhecimento de que suas obrigações devem ser executadas de acordo com regras mais estritas do que aquelas que se aplicam aos contratantes privados[429]. O aspecto essencial a ser considerado decorre da constatação de que os interesses privatísticos do contratado não podem levar ao comprometimento do interesse geral no regular funcionamento do serviço público[430].

A despeito da aparente nota de imperatividade que se pode pretender extrair desta proposição, as ponderações que se seguem denotam a relevância que o autor confere à colaboração e ao caráter consensual das relações travadas.

De acordo com o seu entendimento, o alicerce da submissão do sujeito privado ao regime especial de direito público decorre da "colaboração do contratante frente a um serviço público, voluntariamente consentida em um contrato administrativo propriamente dito"[431]. O particular deliberadamente assume o compromisso de garantir e facilitar a prestação dos serviços.

Em trabalho posterior, JÈZE esclarece que os poderes de modificação unilateral dos contratos não se aplicam de uma maneira geral a toda e qualquer contratação administrativa, justificando-se apenas em decorrência da natureza própria de determinadas relações

---

[428] No original : "Le principe fondamental qui domine la théorie de l'exécution des contrats de l'administration est celui-là même qui domine le Droit moderne : c'est le respect de la parole donnée. Les parties contractantes sont obligées d'exécuter leurs obligations respectives de *bonne foi,* dans le conditions où elles ont été stipulées" (JÈZE, Gaston. Théorie Générale des Contrats de L'Administration. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**, t. XLVII, n. 1, 37º année. Paris: Marcel Giard, 1930. p. 680).
[429] JÈZE, Gaston. Théorie Générale des Contrats de L'Administration, p. 681-682.
[430] JÈZE, Gaston. Théorie Générale des Contrats de L'Administration, p. 683.
[431] JÈZE, Gaston. Théorie Générale des Contrats de L'Administration, p. 683 (tradução livre). No original: "La collaboration du contractant à un service public, *volontairement consentie* dans un *contrat administratif proprement dit,* entraîne pour lui l'obligation d'exécuter ses obligations de manière à ne pas compromettre le fonctionnement continu et régulier du service public, mais, au contraire, à le faciliter".

contratuais. Tomando as concessões de serviço público como exemplo, o autor ressalva que, em determinados casos, é necessário que a Administração tenha a prerrogativa de reorganizar o serviço público concedido, a fim de assegurar o seu adequado funcionamento[432].

Não se identifica uma diferença intrínseca entre os contratos administrativos e as demais modalidades contratuais (ditas de direito privado). O contrato é alçado à condição de categoria jurídica, de sorte que a incidência de um regime específico que atribui prerrogativas à Administração é associada ao objeto da prestação – e não ao simples fato de o agente administrativo fazer parte da relação contratual.

Entretanto, cabe reiterar que as ideias originalmente delineadas pela teoria do contrato administrativo, de autoria de JEZÈ, acabam se consolidando sob uma configuração distinta[433]. Tanto na França como no Brasil, verifica-se o acolhimento de um regime baseado na atribuição de poderes especiais ao Poder Público, sem que se tome como contraponto as ponderações apresentadas em relação à finalidade das regras aplicáveis e à natureza da contratação.

A existência de um conjunto de prerrogativas exclusivas do administrador, das quais a parte privada não dispõe, é vista como o elemento caracterizador dos contratos administrativos.

No entendimento de René CHAPUS, enquanto os contratos privados são regidos pelo princípio segundo o qual os acordos legalmente constituídos adquirem caráter de lei para aqueles que os celebram, impedindo que as condições estabelecidas possam ser modificadas por outro modo que não o consentimento mútuo (isto é, a vontade de ambas as partes contratantes), o regime dos contratos administrativos é caracterizado pela importância das prerrogativas postas à disposição da Administração, que podem se traduzir em determinações e alterações que não foram consensualmente previstas e que independem da vontade do particular para se confirmar[434].

A análise atinente ao objeto contratual e sua relação com a execução dos serviços públicos perde força, de forma que os contratos administrativos somente são enquadrados como tal caso contenham cláusulas exorbitantes ou derrogatórias no direito comum. É a

---

[432] JÈZE, Gaston. Notes de Jurisprudence – Théorie du Contrat Administratif**,** p. 257-258.
[433] Sobre a consagração da teoria do contrato administrativo e a influência do modelo francês nos ordenamentos estrangeiro e brasileiro: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 172 e ss.
[434] CHAPUS, René. **Droit administratif général**, t. 1. 13 ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1375.

presença de tais prerrogativas que passa a constituir o critério decisivo a ser considerado para fins de definição do regime jurídico aplicável[435].

E é nesse sentido que a teoria do contrato administrativo[436] consagra-se em âmbito pátrio. A previsão de certas competências extraordinárias que conferem à Administração poderes jurídicos especiais, sob o signo da autoexecutoriedade e unilateralidade no que tange à dinâmica de execução contratual, é tida como algo inerente aos contratos que contam com a participação dos agentes estatais.

Hely Lopes MEIRELLES aponta que, da presença da Administração Pública com supremacia de poder, resultam as chamadas "*cláusulas exorbitantes*", que constam explícita ou implicitamente em todos os contratos administrativos:

> *Cláusulas exorbitantes* são, pois, a que excedem o Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado, mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É, portanto, a presença dessas *cláusulas exorbitantes* no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam *la marque du Droit Public*, pois, como observa Laubadère: "C´est en effet la présence de telles clauses dans un contrat que est le critère par excellence de son caractère administratif"[437].

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o contrato administrativo corresponde a um tipo de avença travada entre a Administração e os particulares, na qual "a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado"[438].

Em sentido similar, Lucas ROCHA FURTADO destaca que os contratos administrativos "têm como sua maior particularidade a presença constante da busca pela realização do interesse público". Isto resulta no desnivelamento das partes público e privada, uma vez que a supremacia dos interesses postos à cura da Administração determina que lhe

---

[435] RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 17 ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 120-121.

[436] Como explica Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: "no caso brasileiro, a teoria do contrato administrativo, em um primeiro momento, sequer pode-se dizer *teoria científica,* no sentido de se propor a conhecer e descrever a realidade do Direito positivo, mas sim uma teoria empregada como *ideologia,* visando a conformar a produção do Direito. Uma vez produzido o Direito nos moldes propugnados pela teoria [com a consolidação – doutrinária, jurisprudencial e normativa – de um regime de referência de aplicação direta ou subsidiária para todo o fenômeno convencional da Administração, marcado por certas prerrogativas inerentes ao contrato] é que esta, de fato, passou a descrevê-lo" (**Contrato administrativo**, p. 351).

[437] MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**, p. 256-257.

[438] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p. 642-643.

sejam atribuídas prerrogativas especiais (manifestadas por meio das cláusulas exorbitantes) aptas a colocá-la num patamar diferenciado frente aos particulares que com ela contratam[439].

A despeito de eventuais questionamentos que possam ser apresentados quanto ao modelo teórico de consolidação da teoria, que pauta-se mais na superioridade da Administração e na indisponibilidade de seus interesses do que no objeto contratual, não se pode negar a existência de um conjunto de regras específicas incidente sobre as contratações administrativas. De um lado, a pessoa jurídica pública possui um plexo de competências anômalas que potencialmente lhe confere poderes para modificar ou rescindir o ajuste, fiscalizar a execução contratual e sancionar o particular contratado. De outro, tem o dever de observar e assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença (consubstanciado na relação entre encargos e vantagens originalmente estabelecida).

Após consagrar-se como um verdadeiro dogma doutrinário, paulatinamente acolhido pela jurisprudência[440], esse regime jurídico específico é incorporado ao direito legislado por força do Decreto-Lei 2.300/1986, tendo sido posteriormente mantido pela Lei 8.666/1993, que igualmente confere aos agentes administrativos um rol de prerrogativas especiais não extensíveis à parte privada[441].

As disposições da Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração acabam por estabelecer um regime de referência para as contratações públicas – quer seja porque as demais modalidades contratuais usualmente não contam com um regramento normativo completo e exauriente no que diz respeito ao regime específico a ser observado ou ainda porque as leis especiais que disciplinam tais contratos costumam ser interpretadas à luz das regras gerais da Lei 8.666/1993.

Ao tratar dos chamados "poderes exorbitantes", Fernando Vernalha GUIMARÃES ressalva que o fator de delimitação do regime jurídico aplicável advém da diferença existente entre os contratos administrativos e os contratos jurídico-privados da Administração. Ao

---

[439] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 284.
[440] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 351.
[441] O artigo 48 do já revogado Decreto-Lei 2.300/86 atribuía à Administração a prerrogativa de: modificar unilateralmente os contratos para melhor adequá-los às finalidades de interesse público (inc. I); extinguir os contratos de forma unilateral diante de hipóteses relacionadas ao descumprimento de obrigações, alterações na estrutura ou capacidade financeira do contratado e razões de interesse público (inc. II); fiscalizar a execução contratual (inc. III); e aplicar sanções aos contratantes, caso constatada a inexecução total ou parcial do ajuste (inc. IV). Tais disposições foram incorporadas pela Lei 8.666/1993 (nos termos dos incisos I a IV do artigo 58), que acrescentou ainda a possibilidade de o administrador público "ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo" (inc. V). Por sua vez, os §§ 1º e 2º do artigo 58 disciplinam o dever de manutenção das cláusulas econômico-financeiras do contrato.

passo que os primeiros estariam direta e imediatamente relacionados à persecução do interesse público, tal vinculação seria apenas reflexa em relação aos segundos, sujeitando-os a um maior influxo das regras de direito privado – o que, no seu ponto de vista, justificaria o afastamento das prerrogativas de ação unilateral dos agentes estatais[442].

Embora aparente estar em harmonia com a Lei 8.666/1993 (em seu aspecto formal), tal distinção acaba perdendo a relevância. Além de revelar-se improfícua ante a ausência da duplicidade de jurisdição[443], a abrangência e o detalhamento do regime publicístico denotam a sua potencial aplicação – ainda que sob a ótica da subsidiariedade – sobre os contratos regidos predominantemente pelo direito privado[444].

Note-se que a presença da Administração enquanto parte da relação contratual tende a ser tomada como critério suficiente para acarretar a automática incidência de determinados poderes jurídicos especiais, independentemente de uma análise mais aprofundada acerca do objeto da contratação ou das finalidades por ela perseguidas. A positivação de ideias concebidas num contexto político-institucional diverso deixa pouca margem para que se cogite do afastamento das prerrogativas ou, então, para que se recorra ao emprego de elementos e regras de direito privado.

Na visão de GUIMARÃES, a doutrina inclina-se para a consolidação de um regime unitário, "admitindo que os poderes de autoridade da Administração Pública, tendo origem e pressupostos contratuais, aplicam-se a todas as avenças celebradas por aquela"[445].

4.3.1.2 O reposicionamento da teoria em vista da complexidade do fenômeno contratual e do próprio objeto da atuação administrativa

Não bastassem as críticas cabíveis diante da tendência uniformizadora que se consolidou em âmbito pátrio[446], é necessário ter em vista que a teoria do contrato

---

[442] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**, p. 80-83. Em sentido similar quanto à distinção entre os contratos administrativos propriamente ditos e os contratos privados da Administração: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p. 637; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 297-298.

[443] "No Direito brasileiro não há grande importância em separar contratos administrativos e contratos privados da Administração, pois todos vão se submeter a única jurisdição. É dizer: como não temos dualidade de jurisdição, e sim jurisdição única, quaisquer problemas existentes nos contratos da Administração serão resolvidos perante o Poder Judiciário" (VALLE FIGUEIREDO, Lúcia. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 524).

[444] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 227.

[445] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**, p. 84.

[446] Em artigo voltado a examinar a evolução dos contratos administrativos, Floriano de Azevedo MARQUES NETO trata da "maldição do regime jurídico único", esclarecendo que: "a questão aqui não reside na existência ou não de um regime jurídico específico para os atos e negócios jurídicos travados pelo Poder Público. O

administrativo vem sendo desafiada – e reposicionada – pela realidade concreta que se apresenta. O aumento da complexidade das relações contratuais e a ampliação do campo de atuação estatal demandam a busca por arranjos mais flexíveis e pautados pela colaboração.

Tal panorama tem resultado na evolução do tratamento do tema em âmbito doutrinário, dando origem a posicionamentos que criticam a ideia de um regime jurídico único e a formatação das cláusulas exorbitantes, especialmente quando tomadas como vetor de autoritarismo estatal[447].

Ao abordar "o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos", Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO indica que o surgimento das prerrogativas relaciona-se com a origem imperativa do direito administrativo e com a assimetria das relações jurídicas existentes entre a Administração e os indivíduos e entes civis, expressando certos privilégios dos agentes administrativos. O percurso até os dias atuais demonstraria, a seu ver, a ampla consagração desta noção, ainda que fundamentada na persecução do interesse público (e não mais na imperatividade)[448].

Com base nas lições de Fernando Saenz MORENO, o administrativista pondera que o interesse público não deve ser entendido consoante a sua acepção genérica, enquanto "sinônimo de bem comum" ou de uma "expressão voluntarista do Estado", mas sim como "produto de uma opção do legislador, fundada e justificada na lei". As consequências advindas de concepções mais democráticas permitem uma análise contemporânea das

---

problema está em pretender submetê-lo, em cada segmento do Direito Administrativo, a um único e uniforme tratamento. [...] Tal unicidade é a origem de várias mazelas. Impede a modulação de regime em virtude da finalidade da ação administrativa. Obsta a maior eficiência da máquina pública. Tende a tornar todas as relações de que participa o Estado de relações de autoridade, marcadas pelo poder extroverso, em detrimento dos direitos dos administrativos. Pois bem. Tal maldição recai também sobre os contratos administrativos. Embora possamos cogitar de uma enormidade de tipos distintos de contratos de que o poder público pode participar, nosso Direito Administrativo (aqui não só a doutrina, mas também a Lei) procura reduzir tudo a um único regime contratual. E, pior, inspirado num tipo de contrato: a empreitada para obras de engenharia, molde das disposições da Lei n. 8.666/1993" (Do contrato administrativo à administração contratual, p. 77-78). Prosseguindo com sua análise, o autor salienta que o problema não se resolve com a existência de leis especiais que disciplinam outros tipos contratuais, pois a Lei 8.666/1993 é tida como regime geral dos contratos administrativos ou, quando menos, funciona como pauta hermenêutica para a interpretação dos regimes especiais estabelecidos. No seu entendimento, essa tendência de conferir uniformidade ao tratamento dado aos contratos administrativos traz grandes malefícios. Em primeiro lugar, "porque faz perder a maior vantagem do instituto do contrato: dispor de normas específicas, vinculantes entre as partes numa dada relação específica. Normas estas, presume-se, melhor amoldadas para aquela situação concreta, adequadas à consecução de objetivos específicos". Em segundo lugar, pois "o regime jurídico único dos contratos administrativos jamais conseguirá abarcar todas as modalidades de ajustes obrigacionais que podem interessar à Administração" (Op. cit., p. 78-79).

[447] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual, p. 79.

[448] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**, p. 572-574.

cláusulas exorbitantes, na medida em que "a *imperatividade* deixa de ser *critério* para ser *ferramenta,* posta à escolha do legislador"[449].

O autor sustenta que, num primeiro momento, quando se estava diante de uma economia semidirigida voltada à busca de autossuficiência estatal e caracterizada pela baixa preocupação com a competitividade por capitais e tecnologias, as cláusulas exorbitantes apresentavam inegáveis benefícios. Assim se passa porque o aparelhamento do Estado girava em torno de políticas públicas dirigistas, marcadas pela estatização da economia conforme o regime político (mais ou menos aberto) que viesse a ser adotado. Contudo, tais vantagens perderam sentido, tornando-se incompatíveis com os "quadros atuais da *economia de mercado, demandante de alta competitividade* para atrair capitais, tecnologias, mercados e cérebros", de modo que não cabe mais ao Estado agir como "mero *executor*", vendo-se obrigado a assumir a função de "*formulador político* de instrumentos de *fomento*"[450].

Como decorrência, a manutenção do regime das cláusulas exorbitantes passa a apresentar potenciais desvantagens, sintetizadas nos seguintes termos:

> 1º. a *imprecisão* e *insegurança* de direitos resultantes do manejo público das *prerrogativas da Administração nas transações,* pela ambivalência de sua origem e justificativa, ou seja, o fato de decorreram ou da *natureza dos contratos* (relativas) ou da *natureza da própria administração pública* (absolutas);
> 2º. o agravamento dos *custos de transação* pelo aumento do risco, enquanto a redução e a abolição dessas cláusulas minimizam o chamado *risco soberano;*
> 3º o déficit de *transparência da transação,* pois as prerrogativas são *genericamente* estabelecidas nas leis, sem evidente relação com as situações fáticas específicas e as peculiaridades de cada contrato; e
> 4º. o sacrifício da *confiança legítima do administrado na transação,* pois as prerrogativas tanto podem servir a propósitos legítimos como disfarçar intenções ilegítimas, como a difundida e gravosa corrupção pelo temor[451].

Cada uma dessas consequências deriva da estandardização do chamado "modelo tradicional de contrato administrativo", que impede que as vantagens e desvantagens das prerrogativas conferidas aos agentes administrativos possam ser ponderadas à luz das características próprias da contratação e das finalidades públicas buscadas em cada caso concreto.

MOREIRA NETO sugere, portanto, que tais dificuldades sejam superadas por meio de uma opção flexibilizante, destinada a substituir "*comandos excessivamente padronizados*" na legislação, cuja amplitude e anacronismo impede a necessária modulação

---

[449] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes, p. 575.
[450] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes, p. 581.
[451] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes, p. 582.

em vista das circunstâncias específicas da relação contratual, pela possibilidade de a Administração "*avaliar casuisticamente a conveniência e a oportunidade* de inserir ou não, casuisticamente, em cada caso contrato, as modulações ditas exorbitantes"[452].

Esta proposição conjuga-se com a adoção da "*teoria da dupla motivação*", que imporia ao administrador público o dever de motivar tanto opção pela "*adoção* ou o *afastamento* em tese de cláusula exorbitante", como a concreta "*aplicação* de uma determinada cláusula, inserida em determinado contrato"[453].

Com isso, a legitimidade das prerrogativas seria verificada em dois momentos distintos: além de a inserção das cláusulas exorbitantes estar condicionada à compatibilidade desse regime com as peculiaridades do contrato em tela, sua aplicação também deve justificar-se em vista das circunstâncias concretamente consideradas. Isto é, ainda que o contrato comporte (ou melhor, exija) a previsão de cláusulas exorbitantes, a mera existência de uma determinada prerrogativa não é suficiente para autorizar a sua automática incidência frente à toda e qualquer situação que vier a se apresentar.

Ao examinar a evolução da teoria do contrato administrativo, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA igualmente destaca a insuficiência de um regime jurídico geral, "que não é mais apto a resolver a complexidade do fenômeno contratual vivido pela Administração", constatando que "as prerrogativas tradicionais da Administração no contrato administrativo não são sequer aptas a assegurar a consecução da função administrativa"[454].

Tais considerações não são apresentadas com o intuito de negar a autoexecutoriedade dos atos e decisões administrativas ou sustentar o seu absoluto afastamento, mas sim de questionar a incidência das prerrogativas a partir de um regime padronizado, indiscriminadamente aplicável a toda e qualquer relação convencional da Administração Pública.

Neste sentido, o autor vislumbra quatro ordens principais de críticas que podem ser levantadas quanto ao regime das chamadas "cláusulas exorbitantes": (a) a maior onerosidade

---

[452] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes, p. 585. Ainda de acordo com os ensinamentos do autor, a preferência pela escolha da "*técnica flexível*" em detrimento da "*técnica rígida da vinculação*" ao regime de prerrogativas "não encontra qualquer impedimento na legislação brasileira, pois essa imposição da *generalização de cláusulas inafastáveis nos contratos administrativos* não repousa sobre qualquer assento constitucional, senão que é de previsão meramente legal, nada impedindo, portanto, que o legislador ordinário *delegue ao administrador público esta oportunidade de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas,* depois de examinadas as hipóteses, caso a caso" (Op. cit., p. 585-585).
[453] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes, p. 586.
[454] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 328.

dos contratos, derivada do "custo Administração" que é embutido nos preços do particular em razão dos riscos relacionados à possibilidade de modificação ou rescisão unilateral; (b) o estímulo à ineficiência administrativa, na medida em que as prerrogativas são potencialmente indutoras de atitudes negligentes por parte dos agentes estatais, que partem do pressupostos de que eventuais equívocos ou incorreções poderão ser corrigidos no curso no contrato; (c) a facilitação de desvios em relação à probidade administrativa, eis que dão margem à troca de vantagens e a negociações pautadas por interesses pessoais; (d) a legitimação ou estímulo de práticas autoritárias fundadas na soberania estatal, que acabam por deixar o sujeito privado à mercê da conduta do administrador público[455].

Depois de destacar que a prevalência deste ou daquele interesse apenas se justifica a partir da identificação do interesse objetivo contido no ordenamento, MENEZES DE ALMEIDA esclarece que o aspecto essencial a ser considerado corresponde ao "objeto contratual". A adequação de um regime mais ou menos flexível apenas poderá ser avaliada a partir das peculiaridades inerentes à prestação contratada:

> Em suma, o que se quer sustentar é que, seja em face de interesse públicos, seja em face de interesses privados, um regime contratual que preveja determinados poderes de ação unilateral a uma das partes, levando ao que se pode chamar mutabilidade contratual, deve decorrer das circunstâncias que concretamente envolvem o *objeto* da prestação, mas não, *a priori* e em abstrato, da natureza pública ou privada dos interesses em questão.
> Que as circunstâncias concretas relativas aos *objetos* normalmente associados a contratos celebrados pela Administração levem, mais comumente, por comparação com contratos privados, à necessidade de um regime de mutabilidade, isso é uma questão quantitativa e não qualitativa, não sendo, portanto, motivo para que se afirme, seja no plano teórico, seja no plano normativo geral e abstrato, um regime jurídico que, como regra, estabeleça poderes unilaterais de mutabilidade sempre ao alcance da Administração[456].

Isto significa que a necessidade de estabelecimento de um regime apto a instabilizar a relação convencional, autorizando a mutabilidade do contrato administrativo, deve ser examinada concretamente, a partir do objeto contratual. Quando menos, seria possível cogitar de uma generalização derivada de determinadas espécies de objeto que usualmente demandam a possibilidade de adaptação do contrato às necessidades estatais (como, por exemplo, a concessão de serviços públicos).

Reputa-se, pois, que um regime especial uniformemente aplicável às contratações administrativas não é necessário, em termos de valores jurídicos a serem tutelados[457].

---

[455] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 329-333.
[456] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 335.
[457] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 335.

Considerando o direito positivo, há que se admitir que a consagração legislativa de um regime de prerrogativas amplo e desprovido de maiores ressalvas quanto à sua incidência tende a universalizar a sua aplicação para todo e qualquer contrato de que faz parte a Administração.

Entretanto, o necessário reposicionamento da teoria do contrato administrativo impõe o reconhecimento de que, mesmo em face das previsões constantes da Lei 8.666/1993, não é razoável supor que o administrador público possa exercer suas prerrogativas desconsiderando a essência da relação convencional. É preciso "raciocinar finalisticamente com a função social do objeto contratual e, consequentemente, do próprio contrato, para que se justifique, em cada caso, a incidência de um regime com maior ou menor carga de prerrogativas", a depender da natureza da prestação contratada[458].

Após destacar a impossibilidade de se desconsiderar a existência de uma opção política de positivação do regime de prerrogativas da Administração (nos moldes da Lei Geral de Licitações e Contratos), o autor propõe "alguns vetores de interpretação e aplicação do Direito positivo" a serem considerados com vistas a adequar tal opção à realidade contemporânea:

> a) a compreensão da função social a justificar o regime de prerrogativas;
> b) a compreensão da opção política pela técnica convencional como expressão de justiça no caso concreto;
> c) a fundamentação do regime das relações convencionais da Administração no Direito – o ordenamento jurídico globalmente considerado – e não apenas em certa lei;
> d) a valorização da confiança recíproca das partes em torno da relação convencional[459].

MENEZES DE ALMEIDA conclui, em seguida, que a evolução da teoria do contrato administrativo deve admitir a gradação de *situações objetivas* (relacionadas às normas criadas pelo Direito legislado) e *situações subjetivas* (relacionadas às normas criadas pela vontade das partes) dentro de uma mesma relação convencional, deslocando a "ideia de incidência necessária e automática de um rol de prerrogativas de ação unilateral autoexecutória da Administração" para o reconhecimento da possibilidade de se considerar diferentes graus de incidência de um regime publicístico até que, no limite mínimo, se chegue a um regime privado[460].

---

[458] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 356.
[459] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 371.
[460] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 383.

4.3.1.3 A incompatibilidade dos módulos convencionais com o regime de prerrogativas

A partir das premissas acima, pode-se constatar que as prerrogativas de atuação unilateral e imperativa da Administração são manifestamente incompatíveis com os acordos substitutivos da decisão administrativa.

Estes ajustes contemplam a criação de uma situação jurídica que, ao invés de ser imposta ao particular, é convencionada entre os sujeitos público e privado. O objeto contratual consiste, portanto, no ato jurídico derivado do exercício negociado das competências estatais, ou seja, na decisão administrativa que surge a partir do acordo de vontades[461].

Diante disso, a própria natureza do contrato firmado não comporta a existência de poderes de ação autoexecutórios e unilaterais[462].

A convenção tem por finalidade justamente substituir o exercício desses poderes por uma solução consensual, de modo que não faz sentido que se admita a permanência de quaisquer prerrogativas imperativas de atuação. Ao optar pelo módulo substitutivo, o administrador assume o compromisso de deixar de exercê-las, escolhendo submeter-se às condições pactuadas entre as partes.

Se assim não fosse, a relação convencional perderia a razão de ser, tornando-se inócua. A hipotética manutenção de poderes unilaterais faria com que a Administração Pública e o cidadão-administrado simplesmente retornassem à situação anterior, o que resultaria no aniquilamento da convenção e na inutilidade dos esforços envidados em prol da adoção do mecanismo consensual de atuação.

---

[461] Ao examinar os módulos convencionais substitutivos da decisão unilateral da Administração, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA esclarece que "o objeto contratual é estritamente um ato jurídico: uma *decisão* administrativa que, em lugar de ser tomada unilateralmente, convenciona-se", de forma que a conduta material a ser desempenhada pela parte privada "é tão somente condição do objeto contratual" (**Contrato administrativo**, p. 369). Para Ana Luiza de Andrade NERY, as obrigações estipuladas "são elementos acidentais do negócio jurídico (*accidentalia negotii)*, posto que não constituem a substância, tampouco o conteúdo do negócio" (**Compromisso de ajustamento de conduta**, p. 242).

[462] Tal entendimento não é pacífico na doutrina. Apesar de a abordagem da questão ser ainda incipiente, inclusive no direito estrangeiro, verifica-se a consagração de posicionamentos em sentido contrário. Mark Bobela-Mota KIRBY, por exemplo, parte da consolidação do regime de prerrogativas do modelo francês para concluir que: "na medida em que exista um hiato temporal entre a celebração do acordo e o acto final do procedimento [isto é, o cumprimento das obrigações assumidas pelo particular], é concebível que uma oscilação do interesse público ocorrida nesse período possa justificar o exercício, nos termos gerais, dos poderes de modificação e rescisão unilateral" (**Contratos sobre o exercício de poderes públicos**: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Lisboa: Coimbra Editora, 2011. p. 407). Essa construção parece desconsiderar, porém, a própria essência dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral, refletindo uma tendência que toma por base a supremacia do interesse público, sem levar em conta o verdadeiro sentido da convenção – qual seja, a efetiva substituição do poder de ação unilateral da Administração.

Convém esclarecer que as disposições da Lei 8.666/1993, cujo regramento é tomado como um regime de referência para os contratos administrativos, não têm o condão de subverter esta lógica ou de determinar a automática incidência de competências anômalas da Administração.

Os vetores de interpretação antes referidos somam-se à redação do *caput* do artigo 116 do aludido diploma normativo – que estende a sua aplicação, "no que couber", aos acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados pelo Poder Público – para confirmar a possibilidade de flexibilização do regime padrão de prerrogativas.

Não se nega que o âmbito de aplicação dispositivo, que antes era tomado como fundamento normativo de diversas modalidades de avenças, foi sensivelmente reduzido com a promulgação da Lei 13.019/2015 (posteriormente modificada pela Lei 13.204/2015)[463]. Nada obstante, ainda que se adote o entendimento prevalente em âmbito doutrinário, no sentido de que o artigo 116 da Lei 8.666/1993 disciplina exclusivamente as relações entre órgãos e entidades integrantes da Administração, seu texto representa importante indicativo quanto à possibilidade de afastamento da incidência de prerrogativas públicas, a depender das circunstâncias concretamente consideradas[464].

Vale dizer que, mesmo diante do artigo 58 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, que costuma ser interpretado como regra determinante para a presença das prerrogativas em todo e qualquer contrato administrativo, "pode-se evoluir para uma interpretação que entenda cabível às partes afastar, no caso concreto, a incidência de certas delas, seja fazendo-o expressamente, seja não as prevendo"[465].

Nesta perspectiva, a previsão de determinados poderes especiais da Administração apenas se justifica caso se revele compatível com a natureza da contratação e desde que seja considerada necessária para o atingimento dos fins por ela buscados. Em todo caso, há que se valorizar a convenção celebrada com o intuito de criar uma norma individual e concreta, vinculante para os envolvidos.

Por tais razões, e tendo em vista o objeto da relação convencional que se estabelece entre o administrador e a parte privada, é forçoso reconhecer que os acordos substitutivos da decisão administrativa não se submetem ao regime jurídico diferenciado que incide sobre os

---

[463] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 1462.
[464] Outras disposições da Lei 8.666/1993 consagram essa mesma diretriz como, por exemplo, o § 3º do artigo 62 (que trata dos contratos de seguro, financiamento, locação e "aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado").
[465] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 371.

contratos administrativos em sentido estrito, caracterizado pela existência de prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória da Administração. Admitir a possibilidade de modificação ou extinção unilateral dos compromissos consensualmente estabelecidos implicaria despir-lhes de qualquer utilidade prática.

Até mesmo porque, se o administrador público tivesse optado por agir unilateralmente, vindo a impor à parte privada uma determinada situação jurídica independentemente do acordo de vontades, ele não poderia simplesmente alterar ou rever a sua orientação em momento posterior. A competência administrativa se exaure com o seu exercício[466], de forma que a decisão administrativa consolida determinadas circunstâncias cujos efeitos devem ser considerados, podendo consagrar-se, inclusive, em termos irreversíveis (ato jurídico perfeito ou direito adquirido)[467].

Sob esse prisma, conferir à Administração tais prerrogativas significaria, de certa forma, atribuir-lhe poderes maiores do que aqueles que se sucederiam se a situação jurídica tivesse sido criada por meio de um ato administrativo[468].

4.3.2 Requisitos para alteração e revisão dos compromissos estabelecidos

Tendo sido afastada a possibilidade de desfazimento do acordo substitutivo por razões de conveniência e oportunidade, faz-se necessário identificar em que hipóteses as suas estipulações podem ser modificadas ou revistas e quais os parâmetros que devem balizar eventuais providências nesse sentido.

4.3.2.1 A relação que se estabelece entre a segurança jurídica e a dinamicidade das relações convencionais

A segurança jurídica consiste numa noção inerente à própria ideia de Direito. Apresenta-se como um verdadeiro valor constitutivo, visto que – conforme pontua Humberto

---

[466] SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, n. 79, p. 132-138, 1986. p. 135.
[467] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 298-299.
[468] Evidentemente, não se pretende questionar, em abstrato, a possibilidade de a Administração anular, cassar ou revogar os atos administrativos praticados. Ocorre que o exercício da competência administrativa impede que o agente público possa simplesmente rever a orientação por ele manifestada diante de um dado contexto. A título de exemplo, considere-se a decisão final de um processo sancionatório. Tendo o administrador concluído pela ausência dos pressupostos necessários à imposição da penalidade, não poderia simplesmente modificar o seu entendimento sobre o conteúdo da disciplina jurídica aplicável ao mesmo conjunto de fatos, desconsiderando os efeitos decorrentes da interpretação anteriormente externada.

ÁVILA – "sem um mínimo de certeza, de eficácia e de ausência de arbitrariedade não se pode, a rigor, falar de um sistema jurídico"[469].

Registre-se, porém, que a segurança jurídica não deve necessariamente ser interpretada como atributo daquilo que não pode ser modificado, vinculando-se à ideia de uma intangibilidade absoluta. Pelo contrário, deve ser compreendida como uma exigência de "estabilidade na mudança", tendo como ponto de partida "um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis". É necessário buscar parâmetros que assegurem a estabilidade ou racionalidade de possíveis mudanças, evitando alterações bruscas[470].

A partir dessa ótica, ÁVILA apesenta o seguinte conceito:

> [...] pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro[471].

A *cognoscibilidade* corresponde à capacidade de compreensão dos comandos normativos por parte dos cidadãos, de forma a permitir que consigam identificar as alternativas interpretativas disponíveis diante do caso concreto, tornando-se capazes de avaliar as opções que se apresentam e as consequências destas. A *confiabilidade,* por sua vez, compreende a existência de um processo de mudança estável e racional, que obsta transformações abruptas e assegura a existência de um ordenamento garantidor de expectativas. Por fim, a *calculabilidade* significa a possibilidade de antecipar as consequências de atos ou fatos ocorridos ou passíveis de ocorrerem, a fim de que se tenha prévio conhecimento acerca de suas implicações.

Constata-se que a busca pelos ideais de certeza e previsibilidade – ou de confiabilidade e calculabilidade, segundo a concepção acima referida – tem de ser compatibilizada com a eficiência na criação e aplicação do direito.

---

[469] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**, p. 145.
[470] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**, p. 142.
[471] ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**, p. 286.

A busca por segurança não pode conduzir ao completo engessamento e inalterabilidade das relações jurídicas travadas, a menos que o próprio ordenamento tenha pretendido blindar eventuais modificações (tal como ocorre com as situações abarcadas pelos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, expressamente consagrados no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal).

Não é outra a lição de Rafael VALIM, segundo a qual "*segurança jurídica não é sinônimo de imutabilidade do Direito*", de forma que o que se pretende combater são aquelas mudanças injustificadas, inopinadas e traumáticas, que suprimem a confiança legítima e "*agravam a conatural situação de insegurança do indivíduo*"[472].

Há de se reconhecer que os tempos atuais são caracterizados por uma realidade essencialmente dinâmica, cambiante e plurissubjetiva, que traz consigo o grande desafio de se conciliar a necessária existência de estabilidade com a também indispensável possibilidade de adaptação das situações e vínculos tutelados pelo ordenamento jurídico. Caso contrário, e paradoxalmente, a estagnação produziria justamente o efeito inverso: acarretaria insegurança e instabilidade, impedindo que as relações jurídicas pudessem ser adequadas a um novo contexto que viesse a se apresentar.

É inegável que o acordo substitutivo da decisão administrativa unilateral representa a solução consensualmente delineada pelos sujeitos público e privado em face de uma determinada conjuntura. Retrata, portanto, o conjunto de direitos e obrigações que, num dado momento, foi considerado como o mais adequado e satisfatório pelas partes diante do caso concreto.

A despeito disso, não se pode descartar a possibilidade de a evolução dos fatos denotar a insuficiência/inadequação das condições avençadas ou a necessidade de sua adaptação com vistas a assegurar a manutenção da eficácia do ajuste.

4.3.2.2 Hipóteses de modificação ou revisão dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral

A celebração do acordo substitutivo pressupõe o reconhecimento, pela Administração Pública, de que as condições consensualmente estipuladas (nos limites do

---

[472] VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo. In: _____; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**, p. 65.

ordenamento jurídico) são adequadas, necessárias e suficientes para promover a satisfação das finalidades por ela buscadas.

Como decorrência, o aperfeiçoamento da relação convencional tem como regra a estabilização do compromisso firmado entre o administrador e a parte privada, impedindo que os termos do ajuste possam ser livremente desconsiderados ou revistos em momento posterior.

Observe-se que a convenção consolida "um conjunto de direitos e obrigações específico dotado de um equilíbrio interno (proporcionalidade), considerado satisfatório tanto pelo Poder Público quanto pelo particular"[473]. É possível presumir que ambas as partes optaram por se vincular à avença, substituindo a decisão administrativa unilateral por outra solução considerada mais apropriada diante das especificidades do caso concreto, precisamente em virtude deste equilíbrio.

Em termos práticos, o cidadão-administrado assume o compromisso de adotar determinadas condutas porque entende que os ônus e vantagens estabelecidos a partir do acordo de vontades são mais benéficos do que a situação jurídica que lhe seria imposta pela Administração. O agente administrativo, por sua vez, resolve convencionar o modo de exercício de suas competências por identificar que a alternativa negocial é mais adequada e satisfatória em vista da consagração dos fins públicos perseguidos.

A presunção de definitividade que lhes é ínsita alia-se à natureza convencional de tais mecanismos de atuação para impedir que o objeto contratual (no caso, o ato jurídico que substitui o poder de ação unilateral pela convenção) ou os comportamentos materiais que condicionam a relação estabelecida entre as partes possam ser unilateralmente modificados em detrimento do equilíbrio originalmente pactuado.

Conforme já se esclareceu, "é impossível aplicar-se aos módulos convencionais substitutivos da decisão administrativa unilateral um regime de prerrogativas de ação autoexecutória unilateral da Administração"[474], de modo que o agente estatal não pode pretender impor novos requisitos ou encargos ao particular, nem mesmo mediante a concomitante readequação de eventuais aspectos econômico-financeiros do ajuste. Não há espaço para a atuação administrativa imperativa, sob pena de se desnaturar o próprio acordo firmado.

---

[473] REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito urbanístico contratual**, p. 130.
[474] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 369. Nesse mesmo sentido: SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade, p. 81.

A essência da prestação contratual não autoriza entendimento em sentido diverso. O fato de o administrador público ter optado por desempenhar a sua competência de maneira negociada não permite que reserve para si a prerrogativa de rever a orientação por ele externada, tencionando fazer uso dos poderes que juridicamente se comprometeu a deixar de exercer.

O relacionamento instaurado a partir do acordo substitutivo é marcado pela horizontalidade e pela concertação de interesses.

Portanto, e tendo em vista que o ajuste pressupõe, em si mesmo, a aplicação do direito ao caso concreto, derivando da autocontenção voluntária e intencional da Administração, a revisão ou modificação do compromisso consensualmente firmado deve necessariamente ser vista como uma situação excepcional.

Ao que se infere, a alteração do pacto estabelecido por ocasião do aperfeiçoamento da convenção dependerá do acordo de vontades entre os sujeitos público e privado.

O agente administrativo e o particular terão de chegar a um consenso em relação ao cabimento e ao conteúdo das modificações pretendidas para, se for o caso – e desde que haja mútuo consentimento – revisar as condições inicialmente estipuladas com o intuito de adequá-las às novas necessidades que vierem a se apresentar, reafirmando a sua vinculação à relação convencional.

Como regra, tal possibilidade pressupõe a ocorrência de circunstâncias supervenientes que produzam mudanças no panorama considerado à época da formalização do ajuste[475].

Assim se passa porque o administrador tem o dever de desempenhar as suas funções segundo a avaliação da melhor solução para a situação concreta. Presume-se, assim, que a opção pelo acordo e as condições nele avençadas representam o resultado mais satisfatório possível em vista da realização das finalidades públicas a serem atingidas. Por conseguinte, uma vez exercida a competência administrativa, o agente estatal não pode reavaliar o posicionamento por ele manifestado diante de determinado contexto fático.

Em havendo a consumação de um evento posterior à convenção ou que apenas veio a se tornar conhecido depois da sua celebração, incumbe à Administração demonstrar porque

---

[475] "Também com a ocorrência de fato novo, superveniente à celebração do ajuste, por via consensual, admite-se a renegociação do compromisso, mas desde que advenha fato novo. A renegociação do compromisso de ajustamento se configura *nova* transação, e, portanto, é legítimo que novas obrigações possam ser pactuadas entre as partes, desde que se mantenha o propósito do compromisso: o alcance da melhor solução (negociada) para a proteção ou reparação do bem de natureza transindividual" (NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**, p. 239).

as mudanças conjunturais verificadas autorizam a alteração do seu entendimento e em que medidas as novas condições pactuadas com o particular são mais benéficas e adequadas do que aquelas que haviam sido estipuladas anteriormente.

Na hipótese de não haver propriamente uma inovação nas circunstâncias fáticas (ou seja, caso a adequação do compromisso derive unicamente do prosseguimento ou da retomada das negociações havidas entre as partes[476]), reputa-se que o dever de motivação que recai sobre o Poder Público adquire ainda mais relevância. O administrador terá de expor, de forma clara e congruente, as razões que justificam a modificação do compromisso e o motivo pelo qual as estipulações estabelecidas não foram levadas em conta em momento anterior.

Cabe considerar também a possibilidade de o próprio acordo substitutivo estipular condições resolutivas destinadas a pôr fim ao ajuste ou, então, hipóteses (específicas e fundamentadas) em face das quais as obrigações originalmente fixadas poderão ser alteradas em determinado sentido ou deverão ensejar uma nova rodada de negociações entre o administrador e o particular.

Logicamente, não é possível prever antecipadamente todas as diferentes situações que podem se apresentar no curso da relação convencional. Seria igualmente desarrazoado pretender que as partes ficassem eternamente vinculadas a um compromisso que deixou de ser útil, cujo cumprimento se tornou impossível ou que não mais se justifica ante a superveniência de circunstâncias que alteraram o cenário original.

Tais premissas permitem concluir que, a despeito de sua excepcionalidade, a modificação dos módulos convencionais não é vedada. Pelo contrário, é plenamente viável, desde que observe os efeitos jurídicos já consumados e siga a mesma lógica do ajuste antes estabelecido, derivando de processo administrativo que evidencie a necessidade da alteração e formalize o acordo de vontades entre as partes público e privada, de forma a apresentar a justificação racional das condições consensualmente delineadas.

O que não se pode admitir, em virtude da incompatibilidade com a natureza das contratações em tela, é que novas condições venham a ser ditadas por meio do exercício do

---

[476] Ainda que a hipótese ora cogitada possa causar estranheza num primeiro momento, parece desarrazoado impedir que o compromisso venha a ser adaptado para contemplar condições ainda mais adequadas e benéficas à luz da realização dos interesses coletivos. Em matéria sancionatória, o artigo 65 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999) admite expressamente a possibilidade de revisão do processo administrativo que resultou na imposição da penalidade não só diante do surgimento de fatos novos, mas também em face da identificação de "circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada".

poder de ação unilateral do agente estatal (já afastado por ocasião da opção pelo módulo convencional). Também devem ser repelidas modificações injustificadas ou desconectadas da realização das necessidades coletivas, ainda que provenientes do consenso.

Esse mesmo raciocínio aplica-se também à revisão dos compromissos.

Em regra, a extinção do vínculo estabelecido entre a Administração e o particular deve observar os casos estritamente previstos no instrumento firmado (como, por exemplo, eventuais condições resolutivas). Também é viável que o acordo substitutivo seja afastado mediante deliberação consensual nesse sentido – o que o pressupõe o devido cumprimento do dever de motivação, a fim de que sejam explicitadas as razões pelas quais a manutenção da avença (antes tida como a melhor solução em face das circunstâncias concretas) não mais se justifica.

O que se mostra descabido é o desfazimento unilateral do módulo convencional por motivo de interesse público (conveniência e oportunidade) da Administração. O dever de coerência e respeito à segurança jurídica obsta a mera desconsideração do acordo de vontades, com a consequente retomada da unilateralidade e imperatividade da atuação administrativa.

Assim sendo, além das hipóteses acima, somente se poderia cogitar da revisão do ajuste diante de vício apto a ensejar a sua anulação ou, então, a partir do surgimento de motivos supervenientes que tornem superada a situação fática que embasava a composição havida ou impossibilitem o cumprimento das condições avençadas[477].

Em todo caso, e como será abordado a seguir, determinados limites devem necessariamente ser considerados.

4.3.3 Parâmetros limitativos a serem observados para a revisão e modificação dos compromissos

Uma questão relevante que se coloca a partir do cenário acima delineado diz respeito aos limites aplicáveis à revisão e modificação dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral.

---

[477] Essa última hipótese pode ser exemplificada a partir da configuração de eventual caso fortuito ou força maior ou da caracterização de onerosidade excessiva. Mesmo que o desfazimento do módulo convencional se apresente como uma situação excepcional, é possível que um fato superveniente venha a tornar inviável a observância das condições pactuadas no compromisso consensualmente estabelecido entre a Administração e o particular, conduzindo à extinção da relação convencional.

As pontuais considerações que se seguem obviamente não têm o intento de exaurir o enfrentamento da matéria, nem tampouco de identificar todos os possíveis parâmetros que se apresentam frente à estabilização dos compromissos. Busca-se apenas pontuar alguns daqueles que aparentam possuir maior relevo, imunizando os vínculos jurídicos já constituídos contra mudanças que teriam o condão de subverter a convenção firmada entre os sujeitos público e privado.

4.3.3.1 A impossibilidade de retroação de nova interpretação administrativa ou das disposições de diploma normativo superveniente

Demonstrou-se anteriormente que a autolimitação administrativa impede que a Administração possa simplesmente mudar de ideia com relação ao entendimento manifestado em face de um dado caso concreto. A partir do momento em que o agente estatal externa – de modo explícito e inequívoco – uma determinada orientação, a sua conduta (e a da pessoa jurídica pública que ele integra) deverá necessariamente considerar os termos da decisão tomada.

Johann-Christian PIELLOW pondera que a elevada intensidade da (auto)vinculação decorre do fato de que, ao se posicionar diante de uma situação específica, o administrador público age com o expresso intuito de vincular-se de maneira previsível e calculável[478].

Tais considerações conduzem a conclusões de duas ordens distintas.

A primeira delas diz respeito ao aspecto da previsibilidade, relacionando-se aos efeitos indiretos da decisão administrativa. Impende reconhecer que a reiterada adoção de um determinado padrão decisório por parte da Administração Pública gera uma legítima expectativa no sentido de que esse mesmo posicionamento será observado em face de outras situações semelhantes, obstando a mudança de entendimento sem que haja uma justificativa suficientemente robusta para tanto.

A segunda, dotada de maior relevância no que se refere à revisão e modificação dos compromissos, diz respeito à certeza (estabilidade) que deve guardar a atuação estatal. Considerando que os acordos substitutivos densificam a solução consensualmente delineada pelas partes, é certo que nem mesmo a mudança de orientação administrativa poderia servir de fundamento para o desfazimento do ajuste firmado.

---

[478] PIELOW, Johann-Christian. Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la Administración, p. 81.

A propósito, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO observa:

> Se a Administração adotou determinada interpretação como correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. [...] Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito à segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.
> Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada[479].

Esta diretriz está amparada por expressa previsão legal. A Lei de Processo Administrativo Federal impõe aos agentes estatais o dever de atuar "segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé", estabelecendo ainda que a norma administrativa deve ser interpretada "da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação" (artigo 2º, parágrafo único, incs. IV e XIII, da Lei 9.784/1999).

As ponderações atinentes à estabilidade do módulo convencional podem ser estendidas à eventual superveniência de uma disciplina normativa que altere as regras aplicáveis às circunstancias concretamente consideradas.

Mesmo que se verifique o surgimento de uma lei que modifique radicalmente a significação jurídica outrora atribuída a determinados fatos, quer seja para afastar o próprio cabimento do acordo de vontades ou para estabelecer novos requisitos ou condicionantes para a sua celebração, as convenções já aperfeiçoadas não serão por ela atingidas.

A irretroatividade das normas jurídico-administrativas (ou o chamado "princípio da irretroeficácia", no dizer de Rafael VALIM) proíbe que mudanças no panorama normativo "atinjam situações já consumadas ou os efeitos pretéritos de situações em curso", completando o sentido da legalidade – que demanda que as regras de conduta sejam conhecidas de antemão – para conferir "*a certeza de que as leis só afetarão fatos e relações jurídicas posteriores à sua vigência*"[480].

---

[479] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 116.

[480] VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo, p. 82. Ainda segundo a lição do autor, tal princípio não se confunde com os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, eis que, diferentemente da irretroeficácia, que se orienta para a proteção do passado, estes "*orientam-se para o futuro, servindo à estabilidade de relações jurídicas e não à certeza da projeção das normas jurídicas*" (Idem).

Isso implica em reconhecer que as situações jurídicas aperfeiçoadas sob a égide de um dado regramento normativo não podem, via de regra, sofrer a intromissão de quaisquer normas supervenientes.

A incidência de disposições legais ulteriores só se poderia justificar diante de normas ampliativas de direitos[481] (que passem a admitir, por exemplo, a possibilidade de substituição da decisão administrativa unilateral em hipóteses antes vedadas) e desde que a sua aplicação venha a ser devidamente motivada, inclusive à luz do princípio da isonomia.

4.3.3.2 O direito adquirido e o ato jurídico perfeito

Na ordem constitucional brasileira, a proteção de direitos através da imutabilidade das relações jurídicas consolidadas encontra assento no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que consagra as garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Tal previsão, há muito arraigada no Direito brasileiro[482], apresenta-se como verdadeiro corolário da segurança jurídica, determinando a manutenção de circunstâncias já aperfeiçoadas ou cujos efeitos ainda estejam em curso, que tenham atingido a esfera individual dos sujeitos de direito ou que se relacionem a interesses da sociedade, tornando-as infensas ao advento de mudanças[483].

Significa que a consagração de situações garantidoras de direitos fica blindada contra eventuais modificações, na medida em que tais institutos funcionam como "verdadeiro escudo protetor do cidadão", impossibilitando que as expectativas decorrentes de relações previamente estabelecidas sejam frustradas por eventos supervenientes[484].

A preservação de situações legitimamente constituídas é ainda mais relevante quando se está diante de relação jurídica firmada entre a Administração Pública e os particulares.

Carlos Ari SUNDFELD esclarece que, em tais casos, a estabilidade advém não apenas das circunstâncias consolidadas, que atribuem às partes direitos e obrigações, mas

---

[481] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; e GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP,** ano 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013. p. 11-12.

[482] Observe-se que o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657/1942) já previa que a lei terá efeito imediato e geral, desde que "respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada".

[483] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional,** ano 10, n. 40, p. 219-313, abr./jun. 2010. p. 306.

[484] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos, p. 311.

também da chancela conferida pelo agente estatal enquanto parte. O fato de ter "firmado acordo com o Poder Público, a quem se deve presumir atuação legítima e condizente com o princípio da moralidade e da boa-fé" constitui uma garantia adicional em favor do cidadão-administrado[485].

O direito adquirido consiste na proteção conferida pelo ordenamento a direitos subjetivos[486] dotados de perdurabilidade, que tornam a relação jurídica incólume aos efeitos decorrentes de fatos ou normas a ela ulteriores. O ato jurídico perfeito, por sua vez, destina-se à garantia dos pressupostos de validade verificados por ocasião da sua consolidação, impedindo que novas exigências possam condicionar a continuidade da produção de seus efeitos[487].

Ao destacar a proteção constitucional conferida a tais institutos, Marçal JUSTEN FILHO ensina que "a formalização contratual de um benefício, condicionada à observância de certos requisitos, configura ato jurídico perfeito e gera direito adquirido em favor do beneficiário"[488].

A despeito de as considerações do autor estarem tratando dos contratos de fomento (que se destinam a fazer com que os sujeitos privados assumam a obrigação de adotar condutas ativas e omissivas voltadas à satisfação de interesses coletivos, tendo como contrapartida a outorga de determinados benefícios[489]), entende-se que podem ser aplicadas também aos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral.

Evidentemente, não se pretende sustentar que o acordo substitutivo deve sempre ser mantido, em todo e qualquer caso, independentemente dos eventos concretos ocorridos no curso da relação convencional. A complexidade das relações contemporâneas e a imprevisibilidade das inúmeras circunstâncias que podem se apresentar diante do caso concreto afastam qualquer conclusão nesse sentido.

---

[485] SUNDFELD, Carlos Ari. A substância da autorização como ato jurídico perfeito protegido de alteração regulatória unilateral. In: _____. **Direito administrativo econômico** v. 1. São Paulo: RT, 2013. p. 77.
[486] Por direito subjetivo, entenda-se a atribuição, pelo ordenamento jurídico, da "possibilidade de se exigir uma conduta específica (consistente num fazer ou numa abstenção) relativamente a um ou a mais sujeitos" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 53).
[487] VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo, p. 87-88.
[488] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo,** 2015, p. 718 (o trecho foi mantido apenas na versão eletrônica da edição subsequente da obra).
[489] LEFEVRE, Mônica Bandeira de Mello; e VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Responsabilidade civil do Estado enquanto agente fomentador. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC**, ano 1, v. 2, p. 215-244, set./out. 2013. p. 230.

Tanto é assim que, como já se registrou, é inquestionável a possibilidade de fatos supervenientes acarretarem a inutilidade do ajuste ou tornarem inviável o cumprimento das obrigações convencionadas entre as partes público e privada.

Não obstante a isso, há um aspecto absolutamente essencial a ser considerado: uma vez celebrado o módulo convencional, eventuais circunstâncias posteriores não podem desrespeitar os efeitos por ele produzidos, ainda que estes venham a se consumar apenas depois do fato ou lei modificadores da situação anterior.

4.3.3.3 A proteção à confiança legítima

A tutela da confiança também se revela como um importante parâmetro limitativo para a alteração dos compromissos.

O reconhecimento da necessidade de proteção à lealdade e à confiança recíproca entre as partes faz com que a ordem jurídica desloque o seu foco de análise, deixando de centrar-se exclusivamente na fonte das obrigações para observar os efeitos concretos derivados da adoção de uma determinada conduta. Nesse diapasão, Anderson SCHREIBER ensina que:

> Tradicionalmente, a eficácia obrigacional das condutas dependia exclusivamente da vontade do seu praticante e da adequação desta vontade aos requisitos formalmente estabelecidos pelo direito positivo. A confiança, inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros.
> Em outras palavras, o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos práticos da sua adoção. Passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesse, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou[490].

Como decorrência, a partir do momento em que o sujeito de direito age de uma certa forma, despertando a legítima expectativa da outra parte no sentido de que tal posicionamento será mantido, não poderá atuar de maneira incoerente, frustrando a confiança que lhe foi depositada.

Verifica-se uma verdadeira proibição do comportamento contraditório, que resulta na consagração da máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, segundo a qual é

---

[490] SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**, p. 93-94.

inadmissível o exercício de uma posição jurídica contrária ao comportamento anteriormente assumido pelo seu exercente[491]. O sistema normativo reprime condutas lesivas aos interesses e expectativas suscitados, tanto por força da boa-fé como pela própria expressão da noção de solidariedade social consagrada pelo texto constitucional.

Os princípios norteadores da atuação estatal se somam a esta concepção para impor aos agentes públicos um dever geral de coerência, que determina a adoção de comportamentos leais, probos e coesos.

Conforme assinalam Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI, a Administração não pode ser volúvel em suas opiniões, de modo que a "estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo" imposta pelos princípios que devem pautar a conduta dos agentes públicos[492].

Isso implica em admitir que, mesmo nos casos em que o próprio acordo substitutivo vier a estipular cláusulas resolutivas ou modificativas dos termos do ajuste, a proteção das expectativas de ambas as partes tem necessariamente de ser levada em consideração.

Esta possibilidade precisa ser examinada nos estreitos limites das condições pactuadas entre a Administração Pública e o particular, sem que sejam admitidos posicionamentos ou interpretações que violem a confiança gerada pela avença. Não é razoável que a ocorrência dos eventos cogitados quando da formalização do acordo de vontades sirva de pressuposto para que qualquer uma das partes pretenda alterar a essência da relação convencional antes estabelecida, como se não estivessem vinculadas à postura anteriormente externada.

De mais a mais, ressalte-se que a tutela das expectativas legítimas incide, inclusive, diante de eventuais vícios de legalidade não passíveis de convalidação.

Como assevera Paulo MODESTO, "em situações excepcionais, mesmo perante atuação ilegal pode exigir-se o desenvolvimento de relações jurídicas com fundamento no princípio da proteção da confiança"[493]. Tal cenário decorre da presunção de legitimidade e estabilidade derivada da conduta do agente estatal, que acaba por conduzir o cidadão-

---

[491] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**, p. 745.
[492] FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 52.
[493] MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública, p. 17. Nesse mesmo sentido: "A evolução jurisprudencial e doutrinária tem demonstrado que, em circunstâncias excepcionais, também os atos ilícitos são dignos de proteção da confiança: como os atos administrativos se revestem de força normativa, também a confiança daqueles que acreditaram na sua aparência de legitimidade deve ser protegida" (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**, p. 465).

administrado a adotar uma dada prática justamente por acreditar na regularidade da atuação administrativa.

Eventuais controvérsias a esse respeito têm de ser solucionadas em vista do caso concreto, mediante a necessária ponderação dos princípios aplicáveis[494] – questões estas que, de todo modo, serão melhor examinadas no capítulo seguinte.

Por ora, cumpre ponderar que o fato de se reconhecer que a expectativa legítima do particular de boa-fé pode servir de justificativa para a manutenção de um acordo substitutivo que incorra em vício de legalidade não afasta a excepcionalidade dessa situação, que não poderá ser tomada como regra geral frente à toda e qualquer circunstância que vier a se apresentar.

---

[494] "Cabe examinar, no caso concreto, se deverá prevalecer o princípio da legalidade ou aquele da boa-fé, segundo o princípio da proporcionalidade" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 290).

5 O CONTROLE DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL: LIMITES À ANULAÇÃO DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS

O instituto do controle foi originalmente concebido com o objetivo de proteger os indivíduos contra arbitrariedades do Poder Público, por meio da subordinação do poder estatal e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua corresponde à conformação da conduta a determinadas balizas antecipadamente estabelecidas[495]. Baseava-se numa visão retrospectiva, que tinha por fundamento o princípio da legalidade estrita, segundo o qual os agentes administrativos só podem agir de acordo com aquilo que foi prévia e expressamente autorizado por lei.

No entanto, a superação da perspectiva imperativa e monológica do Estado-administração converge para a consagração de outros postulados. Não basta que a atuação da Administração encontre amparo no direito legislado, mediante a simples conformação da conduta à lei, é preciso que as escolhas feitas sejam "eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade (por ações e omissões causadoras de danos juridicamente injustos)"[496].

A fiscalização das práticas administrativas passa a estar inserida num cenário muito mais complexo, que envolve aspectos relacionados à qualidade das decisões, à boa gestão, ao desempenho institucional e até mesmo à satisfatoriedade dos resultados alcançados.

Diante dessa concepção, faz-se necessário verificar se o administrador está agindo de maneira adequada e eficiente no que se refere ao cumprimento das finalidades que legitimam as competências que lhe são atribuídas. A exigência de racionalidade e modernização das tarefas estatais e a amplificação da legalidade determinam que o controle seja examinado em face de um novo contexto.

A atual concepção do tema transcende o debate relativo ao mérito do ato administrativo[497] ou aos meios jurídicos disponíveis para a fiscalização e repressão de

---

[495] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controle Judicial dos Atos Administrativos. In: _____. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 151.

[496] FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública, p. 313.

[497] Ressalva-se que a questão do mérito administrativo protagonizou as reflexões acerca do controle durante um longo período. A noção de discricionariedade, enquanto espaço decisório infenso ao controle jurisdicional, consistia em um dos tradicionais paradigmas do direito administrativo brasileiro, que ora se encontra em vias de ser superado por conta das diversas transformações havidas ao longo das últimas décadas. Como mostra Gustavo BINENBOJM, "a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autentica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários", pelo que a atividade discricionária – e, por conseguinte – o núcleo da decisão dela resultante – não é "nem uma liberdade decisória

eventuais abusos por parte dos agentes públicos. Há que se reconhecer que o controle relaciona-se diretamente com as transformações pelas quais vem passando o Estado, merecendo uma reflexão em face das recentes evoluções do direito administrativo, especialmente no que tange à valorização da sua dimensão funcional e aos novos relacionamentos que se instauram em virtude da consagração da consensualidade.

Feitas essas ressalvas, cumpre examinar as atuais perspectivas do controle, inclusive com vistas a identificar quais os limites e parâmetros a serem observados em relação à anulação (ou invalidação[498]) dos acordos substitutivos para que estes possam servir de instrumento para o alcance da "função de recuperação de valores cívicos e da dimensão coletiva da ação dos indivíduos em sociedade"[499].

5.1 O DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE CONTROLE

A sistemática de controle hoje existente tende a ser marcadamente formal, ineficiente e custosa, carecendo da efetividade necessária ao devido atingimento dos fins que se destina a alcançar. A sua insuficiência resta confirmada pela própria conjuntura sociopolítica atual, caracterizada por um ambiente de multiplicação de escândalos e por manifestações populares que demonstram o manifesto descontentamento dos cidadãos brasileiros com as estruturas de poder existentes.

Tal cenário é agravado, ainda, pelas sucessivas mudanças ocorridas ao longo das últimas décadas, que igualmente demandam o reposicionamento do controle em vista da realidade contemporânea e da evolução da teoria do direito administrativo.

As ponderações a seguir apresentadas têm por objetivo expor aspectos gerais do controle para, mais adiante, suscitar algumas reflexões que poderiam auxiliar no seu aperfeiçoamento, permitindo soluções mais transparentes e eficientes na consagração dos interesses coletivos.

---

externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional" (**Uma teoria do direito administrativo**, p. 39).

[498] Os termos "anulação" e "invalidação" são tomados, aqui, como sinônimos. Com base nas lições de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLLO, podem ser compreendidos como "a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica" (**Curso de direito administrativo**, p. 478). Esse mesmo raciocínio é aplicável também aos contratos enquanto categoria jurídica, na qual se inserem os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral.

[499] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo, p. 336.

5.1.1 O conceito de controle e os seus diferentes objetivos e vertentes

O termo *controle* não possui um significado unívoco, podendo abranger as ideias de domínio, vigilância, avaliação, fiscalização, monitoramento, dentre outras. Diz-se que o vocábulo deriva da expressão latina *contra rotulum*, a partir da qual se desenvolveu a noção francesa de *contrôle* (forma contraída de *contre-rôle*), que originalmente se relacionava com o registro da situação dos contribuintes[500].

Segundo Gérard BERGERON, a expressão compreende a análise atinente à adequação ou equivalência das condutas adotadas. Tomando por base as lições de GURVITH, o autor define o controle como um processo de aproximação comparativa entre dois termos distintos, sendo que um deles constitui "uma ação abstrata ou concreta de um indivíduo ou de um grupo" e o outro funciona como "standard e instrumento para medir o primeiro termo, podendo ser um valor, uma norma, um rolê a exercer ou exercido"[501].

Conforme o magistério de ZANOBINI, o controle corresponde ao reexame dos comportamentos de um dado sujeito, com o objetivo de verificar a conformidade dos atos por ele praticados com uma determinada norma ou a sua correspondência e proporção a determinados fins[502].

Para uma parcela da doutrina italiana, o controle sobre a Administração Pública poderia ser subdividido em dois modelos. Um deles abrangeria o controle-conformidade (*controllo-conformità*), baseado na noção francesa, que implica em verificar, confrontar, comparar. Já o outro abarcaria o controle-direção (*controllo-direzione*), derivado do termo inglês *control,* utilizado como sinônimo de domínio, influência dominante, contenção[503].

Observe-se que o traço comum aos diferentes conceitos deriva da constatação de que a atividade controladora tem por pressuposto a avaliação quanto à conformação do comportamento realizado ou a realizar. Mesmo sob a ótica do chamado controle-direção, importa verificar em que medida as práticas do órgão ou entidade controlada se amoldam com aquelas almejadas pelo controlador.

---

[500] GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di diritto amministrativo**. 2 ed. Milão: Giuffrè, 2000. p. 29 (nota de rodapé).
[501] BERGERON, Gérard. Pouvoir, contrôle et régulation. **Sociologie et sociétés**, v. 2. n. 2, p. 227-248, nov. 1970. p. 240 (tradução livre).
[502] ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**.
[503] CHIAPPINELLI, Carlo; CONDEMI, Luigi; CIPOLLONI, Maria Chiara. **Programmazione, controlli, responsabilità nelle pubbliche amministrazioni.** 2 ed. Milão: Giuffrè, 2010. p. 180.

Não é outro o ensinamento de Odete MEDAUAR. Após apresentar a etimologia do vocábulo e os múltiplos significados que lhe são conferidos pela doutrina, a autora igualmente pondera que a noção de *controle* deve tomar como aspecto essencial o seu sentido de "*verificação da conformidade de uma atuação a determinados cânones*"[504]. Ressalva, ainda, o cabimento de duas interpretações diversas em termos de abrangência: enquanto a primeira contempla somente as hipóteses nas quais a avaliação permite que o controlador adote medidas em virtude do juízo por ele formado diante de uma situação específica (controle em sentido estrito), a segunda abarca os casos em que a análise de conformidade não acarreta propriamente providências capazes de afetar, sob o ponto de vista jurídico, a decisão ou atuação do agente controlado (controle em sentido amplo)[505].

Ainda que uma essência comum possa ser delineada, é interessante notar que o exercício da atividade de controle não se presta a uma única finalidade. É possível perceber uma tripla dimensão do instituto em questão, voltado ao poder, aos meios e aos objetivos.

Sob um enfoque inicial, o controle destina-se a assegurar a liberdade e proteger os indivíduos contra o arbítrio estatal, de forma a prevenir ou eliminar eventuais defeitos e aperfeiçoar o funcionamento da máquina pública. No segundo sentido, tem por objetivo a otimização da atividade administrativa, garantindo a utilização mais adequada dos recursos públicos em vista dos fins a serem atingidos e propiciando o controle da improbidade e do desvio de finalidade. Na terceira acepção, orienta-se a proteger os objetivos existentes, tanto por um viés que garante o planejamento e estabilidade das metas de longo prazo, como pela preservação de medidas voltadas a satisfazer os interesses dos cidadãos de maneira imediata[506].

Partindo desta premissa, Floriano de Azevedo MARQUES NETO identifica quatro objetivos a serem atingidos pelo controle da Administração, sob a sua vertente funcional[507].

O primeiro deles diz respeito à defesa do patrimônio público[508]. Enquanto gestor da coisa pública, que recebe a titularidade de bens, valores e direitos vinculados à realização de

---

[504] MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 26.
[505] MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**, p. 32-33. Poderiam ser tomados como exemplos dessa segunda modalidade o controle social e o exercício das competências investigativas e fiscalizatórias por parte do Ministério Público. Ainda que tais medidas permitam o exame da compatibilidade da conduta com os parâmetros aplicáveis em face do caso concreto e possam desencadear a atuação dos órgãos de controle, não são aptas, por si só, a afastar ou coibir eventuais práticas tidas como irregulares.
[506] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle. **Fórum de Contratação e Gestão pública – FCGP**, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010. p. 11.
[507] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle, p. 13-14.
[508] Ressalte-se que a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965), em seu artigo 1º, prevê que "consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético,

fins de interesse comum, o Estado tem o dever-poder de zelar pela sua proteção e pelo permanente cumprimento da função social. Não está autorizado a livremente dispor de tal patrimônio e nem muito menos a se comportar de forma negligente em relação à sua tutela.

O segundo objetivo, diretamente relacionado ao primeiro, envolve a adequada aplicação dos recursos públicos postos à cura dos agentes estatais. É preciso que a sua alocação observe a melhor utilidade que deles se pode extrair (a partir da economicidade e eficiência), permitindo que tais recursos sejam aplicados da forma mais satisfatória possível e em atividades prioritárias e essenciais ao atingimento das necessidades coletivas.

Em terceiro lugar, o controle tem de garantir a persecução das finalidades públicas que norteiam a atuação administrativa, coibindo possíveis desvios. É vedado à Administração agir de maneira desvinculada dos fins que justificam as competências que lhe são atribuídas, pelo que o exercício do poder estatal deve se efetivar de modo a assegurar a implementação dos direitos fundamentais.

Por fim, impende verificar se o administrador público agiu em conformidade com a ordem jurídica, comportando-se de modo coerente e adequado diante do panorama normativo aplicável às circunstâncias concretamente consideradas.

Abram-se parênteses para ressaltar que este último objetivo, antes concebido sob a lógica da adstrição à legalidade (enquanto norma geral e abstrata emanada do Legislativo), tende a se apresentar como o aspecto mais evidente do controle e também como um dos que mais tem suscitado reflexões à luz das transformações ocorridas nos últimos anos. Assim se passa porque o próprio desenvolvimento da noção de controle está diretamente relacionado à amplitude da análise de conformidade a ser realizada, que veio a ser substancialmente alterada com o reposicionamento da legalidade em face da normatividade conferida aos princípios e valores constitucionais.

A verificação formal da observância de prescrições legais deixa de ser suficiente para o adequado atingimento dos fins perseguidos pela atuação administrativa. Ganham relevo outros tantos parâmetros de controle postos pela Constituição e desdobrados na legislação ordinária, tais como a razoabilidade, a eficiência, a publicidade, dentre outros.

---

histórico ou turístico", pertencentes à União, Distrito Federal, Estados, Municípios e aos órgãos da Administração Indireta (§ 1º). Dessa forma, a doutrina tem se manifestado no sentido de que a noção de patrimônio público engloba o conjunto de bens, valores, direitos e créditos pertencentes aos entes públicos, "cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores, como também os administrados vinculados a sua proteção e defesa" (MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 3 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 45).

Com isso, os próprios objetivos do controle são modificados. A visão retrospectiva que o caracterizava vai sendo gradualmente complementada por um enfoque prospectivo, que passa a receber significado técnico-jurídico – questões estas que, de todo modo, serão abordadas mais adiante.

Retomando-se as lições de MARQUES NETO, o controle pode ser classificado de acordo com: (i) o método (que incorpora controles formais em relação aos meios e processos e controles materiais em relação às metas e resultados); (ii) o momento de sua incidência (que pode ser prévia, concomitante ou posterior à atuação administrativa examinada); ou (iii) o seu vetor (derivando de vínculos de natureza hierárquica, institucional ou contratual)[509].

A sistematização proposta pelo autor procura apresentar, ademais, a vertente estrutural dos distintos tipos de controle aos quais a Administração está sujeita[510].

O controle pelo Poder Executivo é efetivado por meio dos mecanismos de controle interno através dos quais a Administração Pública verifica a regularidade de sua própria atuação, examinando os atos e atividades de seus órgãos e dos entes descentralizados que a ela se vinculam. Além do controle interno propriamente dito (exercido pelo agente responsável pela prática do ato/contrato ou realização da atividade), admite-se também o controle hierárquico (desempenhado por órgãos e autoridades superiores sobre os seus subordinados) ou correcional (destinado a apurar, corrigir e punir atuações consideradas irregulares).

O controle externo pelo Poder Legislativo pode ser implementado por intermédio da própria atuação do Parlamento, nas hipóteses expressamente previstas no texto constitucional (que se relacionam à eventual sustação de atos normativos exorbitantes do poder regulamentar, ao julgamento das contas prestadas pelo Presidente e pelos Ministros de Estado, à fiscalização dos atos do Executivo e ao controle das subvenções e renúncias de receita), ou ainda pelo Tribunal de Contas, no limite das competências que lhe são constitucionalmente atribuídas.

Por sua vez, o controle externo pelo Poder Judiciário abrange a apreciação jurisdicional dotada de natureza preventiva ou repressiva, desencadeada mediante provocação da parte interessada ou dos entes legitimados para tanto (como ocorre, por

---

[509] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle, p. 14-16. Sobre as variadas tipologias existentes: MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**, p. 35-50.
[510] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle, p. 16-18.

exemplo, no âmbito das ações civis públicas movidas pelo Ministério Público para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos).

Há, por fim, o controle social, instrumentalizado pelos diversos mecanismos que viabilizam a participação da sociedade civil nas atividades estatais (tais como as audiências e consultas públicas, plebiscitos, referendos *etc.*)[511].

Vale dizer que a Constituição Federal optou por instituir um sistema integrado de controle, prevendo a obrigatoriedade de os três Poderes estatais manterem controles internos que deverão apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Trata-se de disciplina que constou expressamente do inciso IV e do *caput* do artigo 74.

Não se nega a importância da referida previsão e nem os potenciais benefícios dela decorrentes, eis que a integração entre as diferentes estruturas tem o potencial de otimizar a fiscalização e as medidas necessárias à efetiva promoção das finalidades públicas que se busca alcançar.

Em contrapartida, insta salientar que a existência de múltiplas esferas de controle com competências sobrepostas, que por vezes são exercidas de maneira desarticulada, é capaz de conduzir a resultado inverso ao pretendido. Além da insegurança jurídica ocasionada por possíveis entendimentos contraditórios, tal fragmentação pode acarretar a ineficiência da máquina estatal, prejudicando o seu adequado funcionamento.

Some-se a isso o fato de que o controlador, seja ele integrante da própria Administração ou de estruturas que lhe são externas, não tem qualquer vínculo ou comprometimento com os reflexos da medida tomada. O controle é (via de regra) exercido como se fosse um fim em si mesmo, considerando as circunstâncias passadas, sem que sejam devidamente ponderados os seus respectivos impactos em relação ao futuro. E o que é igualmente grave: sem que sejam tomadas em conta as finalidades que o justificam.

Daí porque as tendências evolutivas que permeiam o direito administrativo contemporâneo[512] demandam atualizações não apenas nos objetivos do controle incidente sobre a Administração, mas também nos próprios mecanismos postos à disposição para a sua efetivação.

---

[511] A propósito: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual, p. 237-250; PEREZ Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública, p. 226-239.

[512] Veja-se as considerações expostas no capítulo 2. Para aprofundamento do tema: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Formação da teoria do direito administrativo**, p. 406 e ss.

Com o reconhecimento de que a validade da ação administrativa encontra fundamento nos valores constitucionalmente fixados, em meio aos quais se destaca a busca da eficiência, perdem força os controles meramente formais, redundantes, e desconectados de uma avaliação efetiva quanto às vantagens e desvantagens da medida cogitada. Deve-se ter como objetivo a estruturação de um sistema de controle que permita aferir "o quanto a atividade administrativa está revertendo em benefício do administrado (seja com resultados concretos das políticas públicas, seja mesmo com probidade, economicidade e eficiência)"[513].

5.1.2 A relação entre controle e eficiência: o paradigma do resultado e a gradativa consagração de uma visão finalística

Não seria exagerado afirmar que as dificuldades verificadas em relação à implementação de uma adequada estrutura de controle advêm precisamente da necessidade de se compatibilizar o combate às intemperanças do Poder Público com o aprimoramento da atuação administrativa em prol de uma maior transparência e efetividade. Se, por um lado, é imperioso reconhecer a necessidade de se buscar o estabelecimento de uma sistemática apta a garantir a probidade e regularidade das condutas; por outro, é inconcebível que o excesso de regras e procedimentos acabe resultando na inoperância da máquina estatal, em detrimento da boa gestão.

Convém sublinhar que a inserção do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal o consolida como um preceito fundamental inafastável, que, aliado a outros mandamentos constitucionais, acaba por atribuir fundamental importância à funcionalidade das normas e institutos jurídico-administrativos[514]. Há que se ter em mente que todo e qualquer poder jurídico tem natureza instrumental, vindo a ser atribuído a um dado sujeito como forma de permitir a realização dos fins consagrados pelo texto constitucional.

Evidentemente, esse raciocínio é aplicável também ao controle, repercutindo no seu objeto de análise e na finalidade que lhe é inerente.

Os parâmetros referenciais do controle caminham para o encerramento de mais um ciclo e, por consequência, para o início de outro. A longa fase caracterizada pela juridicidade

---

[513] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle, p. 8.
[514] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**, p. 25.

da manifestação de vontade administrativa, tutelada a partir dos valores que integram uma certa visão tradicional da legalidade, é paulatinamente superada por um enfoque mais amplo, que considera a juridicidade dos resultados da atuação dos agentes públicos[515].

O controle não pode restringir-se a coibir o desvio de recursos públicos ou a averiguar a conformação da conduta à lei de regência, como se tais aspectos fossem por si só suficientes para garantir a boa administração, enquanto direito fundamental dos cidadãos-administrados[516]. É preciso que verifique se a função administrativa está sendo desempenhada de forma adequada e eficiente, tendo sido precedida de todas as cautelas necessárias e estando orientada à máxima concretização dos interesses coletivos.

Conforme aponta Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, com a promulgação da Constituição de 1988 e o protagonismo conferido aos direitos e garantias fundamentais, observa-se a gradativa consolidação de uma base institucional de legalidade/juridicidade finalística. A Administração Pública passa a ser vista segundo o "*seu dever funcional de proporcionar resultados concretos e materializados em uma boa e justa atribuição de bens e serviços às pessoas*"[517].

Isso quer dizer que todos aqueles que exercem função administrativa têm o dever jurídico de tomar em conta, em cada decisão ou comportamento, quer seja para as situações existentes ou para aquelas derivadas de futuras modificações que se fizerem necessárias, o fim de realizar os objetivos prescritos pelo ordenamento, buscando perseguir os interesses juridicamente tutelados sem que isso implique no injusto sacrifício de direitos individuais[518].

E é por força desta concepção que a noção de resultado ganha importância e significação jurídica.

---

[515] Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, tal superação "é seguramente o grande salto de qualidade da Política e do Direito contemporâneos no que concerne à *concreta satisfação dos interesses da sociedade cometidos ao Estado,* entendida, esta contingência do *princípio da eficiência,* como uma necessária e inafastável implicação da transformação em curso do Estado moderno – o *Estado de Direito* – para o Estado pós-moderno – *o Estado Democrático de Direito*" (Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados da Administração Pública. **Fórum Administrativo - FA**, ano 6, n. 67, p. 7801-7810, set. 2006. p. 7802).

[516] "[...] trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades" (FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21).

[517] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado. **Fórum Administrativo – FA**, ano 9, n. 100, p. 77-84, jun. 2009. p. 81.

[518] Nesse sentido: IANNOTA, Lucio. Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative: l'arte di amministrare. **Diritto processuale amministrativo**, v. 23, n. 1, p. 1-51, jan. 2005. p. 16.

A partir do momento em que se reconhece que a regularidade da atuação administrativa deve ser examinada não só em virtude da sua compatibilidade com o diploma normativo que a disciplina, mas também de acordo com a sua aptidão para, eficazmente, cumprir com as finalidades que a justificam, o espectro do controle é sensivelmente ampliado.

No entendimento de MOREIRA NETO, o conceito de resultado que deve permear tal análise extrapola o sentido meramente econômico derivado das ciências administrativas para contemplar a ideia de efetiva realização das diretrizes constitucionais que norteiam e parametrizam o exercício dos poderes estatais. Caberia buscar nas técnicas de controle de gestão o instrumental necessário à articulação de mecanismos destinados a permitir a definição e o monitoramento dos objetivos a serem perseguidos[519], considerando-se ainda a incidência de critérios principiológicos próprios, tais como "a pertinência, a adequação dos meios, o mínimo sacrifício, a funcionalidade, a flexibilidade, a pontualidade, a qualidade, o profissionalismo, o pluralismo, a solidariedade e a razoabilidade"[520].

Ao tratar das consequências derivadas da consolidação da visão prospectiva do controle, Umberto ALLEGRETI assinala que:

> [...] os controles de bom andamento, qualificados tanto em direção da eficácia como da eficiência, entram finalmente a todo vapor no ordenamento: não mais no interstício deste, e ligados à posição inevitavelmente subalterna a um controle de legitimidade (e eventualmente de mérito) que continua a se apresentar, pela sua generalidade e incisividade e pelo espaço normativo que ocupa, como central, mas como geral e de forma a englobar notável parte da garantia da legalidade[521].

O mesmo fenômeno pode ser notado em âmbito pátrio com o movimento de constitucionalização do direito. Tendo como pressuposto que a atuação administrativa não pode apartar-se da realização dos direitos fundamentais, o foco da análise vai gradualmente deixando de abranger apenas os aspectos formalísticos dos atos, contratos e decisões, para contemplar a sua substância – ou seja, a verificação da sua adequação e suficiência frente à eficiente satisfação dos interesses que se pretendia atender.

---

[519] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O paradigma do resultado, p. 81-83.
[520] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial do direito administrativo, p. 7808.
[521] "[…] i controlli di buon andamento, qualificati sia in direzione dell'efficacia che dell'efficienza, entrano finalmente a vele spiegate nell'ordinamento: non più negli interstizi di esso, e come affiancanti in posizione inevitabilmente subalterna ad un controllo di legittimità (ed eventualmente di merito) che continui a presentare, per la sua generalità ed incisività e per lo spazio normativo che occupa, come centrale, ma come generale e tali da inglobare notevole parte della garanzia della legalità" (ALLEGRETI, Umberto. I controlli sull'amministrazione dal sistema classico all'innovazione: le problematiche generali. In: _____. **I controlli amministrativi**. Bolonha: Il Mulino, 1995. p. 43).

Esse cenário produz reflexos, ainda, sobre a própria finalidade do controle.

Assim como as competências atribuídas aos agentes públicos apenas se legitimam se desempenhadas no regular exercício da função que lhes compete e desde que observados os fins que se destinam a atingir, o controle sobre a Administração também só se justifica em vista da persecução das necessidades coletivas que busca tutelar. Não se pode admitir que seja exercido como uma mera formalidade ou, então, que venha a se dissociar do atingimento das consequências que devem norteá-lo.

Em síntese, o dever de eficiência constitui tanto um parâmetro *de* controle como um parâmetro *para* o controle.

De nada adianta que se reprima uma determinada prática administrativa se tal providência vier a acarretar resultados danosos aos interesses que justificam a própria existência da atividade de controle. A natureza instrumental que lhe caracteriza impõe a adoção de práticas responsivas, que ponderem, à luz do caso concreto, os impactos das medidas cogitadas e a efetividade dos resultados no que tange à realização das expectativas da sociedade.

Conclui-se, portanto, que o controle não vale por si só. É imprescindível que seja exercido sob um prisma finalístico, consoante a clara advertência de Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

> Uma Administração pia, proba e impródiga não é necessariamente uma Boa Administração. Será se conciliar lisura e economicidade com eficiência e efetividade. Do mesmo modo, um sistema de controle que só pune, invalida e impede não será um controle conforme aos cânones do Estado Democrático de Direito. Será se conseguir combinar o rigor no combate aos despautérios com a verificação ponderara das consequências das medidas de coibição a seu alcance. Ademais, será um bom sistema de controle se aferir também os resultados das políticas públicas e das ações administrativas, verificando o quanto elas estão a reverter para a sociedade.
> Neste sentido é que se diz que o controle deve ser responsivo ou que deve ter um viés pragmático ou consequencialista. Em uma palavra, qualquer órgão ou agente incumbido do controle (Tribunal, órgão administrativo ou Corte de Contas) deve sempre perquirir e avaliar as consequências da medida de controle antes de adotá-la. Não para tornar o controle mais lasso, mas para modular mas medidas corretivas ou acautelatórias no sentido e que elas tenham o menor impacto para o interesse público mais denso envolvido no caso[522].

A mudança no modo de ser do controle deriva, em grande parte, do reforço da normatividade constitucional e da eficácia conferida aos princípios e valores fundamentais. É inquestionável que o fenômeno da constitucionalização apresenta-se como uma relevante

---

[522] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle, p. 12.

conquista, na medida em que os valores insculpidos no texto constitucional passam a funcionar como vetores para a compreensão de todo o ordenamento.

Esse contexto gera, porém, uma série de novos desafios.

A textura vaga e aberta dos princípios permite margens mais oscilantes de interpretação, eis que a ausência de uma solução exata e predeterminada permite que a solução mais adequada seja feita à luz do caso concreto. A despeito dos possíveis benefícios dessa alternativa (que, em tese, permite decisões mais consentâneas com a realidade sob análise), não há como negar a perda de segurança jurídica derivada da diversidade de soluções para casos similares e da casuística ponderação dos direitos fundamentais[523].

A concreção de mandamentos constitucionais dotados de caráter principiológico deve procurar harmonizar-se com o papel do legislador. Não é adequado permitir que a compreensão subjetiva quanto ao significado dos princípios – "fenômeno perigosamente potencializado pela suposição de senso comum de maior importância dos princípios em face das regras e pela relatividade valorativa decorrente da ponderação de princípios" – desconsidere que a legitimidade democrática do Direito deriva das opções políticas feitas pelo Legislativo[524].

Nessa esteira, é razoável que a autoridade controladora (seja ela integrante do Poder Judiciário ou da própria Administração) detenha o ônus de apresentar uma fundamentação ainda mais robusta nos casos em que a situação concreta tiver de ser resolvida mediante a aplicação de princípios.

Esse entendimento é compartilhado por Carlos Ari SUNDFELD, que destaca o dever dos juízes de "enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos". Comparando a atividade jurisdicional com a atividade do regulador, o autor destaca o dever do julgador de estudar com profundidade a realidade concreta, entender suas características e razões, identificar as diferentes alternativas existentes, antever os possíveis custos e impactos positivos e negativos da providência cogitada para, só então, decidir de forma motivada[525].

Sem embargo dos desafios que surgem a partir da inequívoca amplificação do controle, das notas principiológicas que o permeiam e do desenvolvimento da noção

---

[523] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias**. Formação da teoria do direito administrativo**, p. 416-417.
[524] MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Princípios da Administração Pública e Segurança Jurídica: In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**, p. 51.
[525] SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: _____. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 83-84.

consequencialista que deve pautá-lo, registre-se que a importância atribuída aos fins constantes (implícita ou explicitamente) no sistema normativo e nas atividades estatais apresenta potenciais benefícios em termos de racionalidade[526], ampliando também o alcance dos valores que a ordem jurídica objetiva consagrar[527].

Dito isso, é recomendável que as diferentes vertentes do controle valorizem uma ótica prospectiva, que busque complementar e aperfeiçoar a análise de aspectos formais com elementos voltados à verificação dos resultados, comprometendo-se com os efeitos e objetivos da conduta controlada e da própria atividade controladora. Com o intuito de conferir maior segurança e efetividade a tal exame, seria interessante que o Direito brasileiro tratasse expressamente da matéria, estabelecendo a obrigatoriedade de exposição dos resultados buscados e fixando parâmetros e técnicas destinados a permitir a sua averiguação.

5.2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DAS NULIDADES E DAS DIVERSAS CATEGORIAS DE VÍCIOS

A teoria das nulidades no direito administrativo brasileiro ainda se encontra em construção, sem que se verifique a existência de uma sistematização uniforme no que diz respeito às várias espécies de vícios e suas respectivas consequências.

O tema tem se desenvolvido sob a ótica dos atos unilaterais, de modo que as premissas estabelecidas com relação a estes são usualmente transpostas e adaptadas para os vínculos contratuais da Administração Pública. Tendo em conta que os estudos envolvendo os mecanismos consensuais de atuação administrativa também não se debruçam sobre a matéria, as ponderações a seguir procuram delinear – sem qualquer pretensão de exaurir o enfrentamento do assunto – um panorama geral quanto à possível invalidade dos módulos convencionais substitutivos.

5.2.1 A classificação da invalidade de acordo com a doutrina brasileira

Marçal JUSTEN FILHO esclarece que as dificuldades na estruturação de um referencial teórico em matéria de nulidade decorrem de desafios de três ordens distintas[528].

---

[526] NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition**: toward responsive law. 2 ed. Nova Iorque: Routledge, 2017. p. 136.
[527] NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition**, p. 189.
[528] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 266.

O primeiro deles corresponde à ausência de um Código de Direito Administrativo, que confira uma solução legislativa para a questão, contemplando as diferentes hipóteses de invalidade e os efeitos incidentes sobre cada uma delas. O segundo decorre da própria abrangência de tal ramo da ciência jurídica, que disciplina assuntos bastante heterogêneos e de difícil ordenação. Em terceiro lugar, grande parte das concepções relativas às nulidades foi concebida sob influência não democrática, refletindo noções que tomavam por base a vontade suprema do governante.

A questão da invalidade dos atos e contratos administrativos foi, de certa forma, tangenciada pela Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965).

Em seu artigo 1º, o referido texto normativo reconheceu a impossibilidade de recondução das categorias de invalidade a uma única figura, diferenciando os atos nulos dos anuláveis. O artigo 2º discrimina hipóteses genéricas de nulidade (incompetência, vícios de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade), enquanto que o artigo 4º complementa tal rol com outras espécies de atos e contratos que, por descumprirem as prescrições constantes dos seus incisos, também seriam nulos. Já o artigo 3º prevê que os demais atos lesivos ao patrimônio público, cujos vícios não se compreendam nas disposições do artigo 2º, são anuláveis.

Mas a lei não traz qualquer estipulação quanto às consequências práticas derivadas de uma ou outra circunstância, deixando de estabelecer um regramento específico acerca dos efeitos decorrentes da nulidade ou anulabilidade.

Note-se que as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, que também costumam ser tomadas como parâmetro para o tratamento da invalidade da atuação administrativa, seguem nessa mesma linha. A primeira enuncia que o agente público "pode declarar a nulidade de seus próprios atos", sendo que nos termos da segunda a Administração "pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais" ou, se for o caso, "revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Consagrado estava o princípio da autotutela, que confere ao agente administrativo a prerrogativa de rever seus próprios atos, de oficio ou mediante provocação.

O cabimento da anulação e revogação dos atos administrativos foi posteriormente reafirmado pela Lei de Processo Administrativo Federal com uma pontual, mas bastante significativa, alteração na redação do enunciado sumulado. Ao invés de prever que a Administração "pode" anular seus atos, o artigo 53 estipulou um "dever" nesse sentido.

A Lei 9.784/1999 estatui ainda, em seu artigo 54, que "o direito da Administração de anular seus atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos", a menos que seja constatada a má-fé. Por seu turno, o artigo 55 prevê a possibilidade de convalidação dos atos que apresentarem defeitos sanáveis, desde que "não acarretem lesão ao interesse público nem prejuízos a terceiros".

No que concerne aos contratos administrativos, o artigo 59 da Lei 8.666/1993 dispõe que a declaração de nulidade "opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos". O parágrafo único do referido dispositivo vai além, fixando o "dever de indenizar o contrato pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável" e determinando a responsabilização do agente que deu causa à anulação.

Não obstante a isso, inexiste um diploma legislativo que tenha cuidado de disciplinar, de forma abrangente e detalhada, os casos de nulidade e anulabilidade e as soluções que lhes são aplicáveis.

O tema tem se desenvolvido a partir das construções da doutrina, que vem buscando sistematizar as hipóteses de invalidade e suas respectivas consequências, sem que se tenha alcançado, contudo, um posicionamento uniforme ou até mesmo prevalente. São diversos os critérios classificatórios existentes.

Alguns autores adotam uma perspectiva eminentemente civilista, que toma por base a teoria das invalidades do direito privado. Segundo esta concepção, os atos ou contratos administrativos poderiam ser classificados como nulos ou anuláveis, em decorrência da aplicação analógica das hipóteses expressamente contempladas no Código Civil.

Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO considera nula a atuação dotada de vício quanto à capacidade da pessoa (derivada de ato praticado por pessoa jurídica sem atribuição, por órgão incompetente ou por agente usurpador da função pública), quanto ao objeto (se for ilícito, impossível ou denotar o exercício de direito de modo abusivo) ou quanto à forma (caso deixe de observar os requisitos previstos em lei ou solenidades essenciais para a sua validade). Em contrapartida, será simplesmente anulável quanto à capacidade se praticado por agente incompetente integrante do órgão especializado ou, ainda, caso padeça de eventual vício de vontade[529].

---

[529] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, p. 650-651.

Ocorre que, como mostra Almiro do COUTO E SILVA, a simples transposição desse conjunto de ideias e regras para o âmbito do direito administrativo gera uma série de impasses, que tendem a se transformar em verdadeiras incompatibilidades. A título de exemplo: sem as necessárias adequações ao regime jurídico publicístico, a substancial maioria dos defeitos resultaria em atos e contratos nulos, uma vez que grande parte das causas de invalidade decorre de vícios de legalidade. Noutro giro, as causas de anulabilidade previstas pelas normas civis (tais como a incapacidade, o erro, dolo, coação, estado de perigo *etc*.) raramente são verificadas nas relações de direito público[530].

As dificuldades decorrentes da aplicação do regramento civilístico já eram destacadas por Miguel SEABRA FAGUNDES, que sustentava a sua absoluta inadaptabilidade.

De acordo com o posicionamento do referido jurista, a gravidade dos vícios e as correspondentes consequências devem ser examinadas concretamente, ante a efetiva repercussão dos defeitos sobre o interesse público, o que impede a incidência da sistematização estanque do direito civil.

Os aspectos gerais da invalidade são por ele abordados com suporte em três diferentes categorias: atos absolutamente inválidos (nulos), atos relativamente inválidos (anuláveis) e atos irregulares (desprovidos de defeitos relevantes).

A invalidade absoluta decorreria da violação às regras fundamentais "atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, à finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa de lei". Já a invalidade relativa derivaria da infringência dos elementos do ato administrativo, só que "em face de razões concretamente consideradas, se tem como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validez"[531]. Por fim, os atos irregulares seriam aqueles que, "apresentando defeitos irrelevantes (quase sempre de forma), não afetam ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência das normas legais"[532].

A crítica que se faz com relação a esta orientação decorre do fato de que a noção de interesse público, como elemento externo apto a influir na aferição da validade do ato

---

[530] COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro, p. 37.
[531] SEABRA FADUNGES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 47.
[532] SEABRA FADUNGES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 51.

jurídico, permite que a Administração classifique os vícios conforme melhor lhe aprouver. O regime aplicável ao defeito fica integralmente submetido à discrição do próprio agente estatal, ao invés de derivar dos parâmetros objetivos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, admitir tal hipótese implica em outorgar "ao administrador público a possibilidade de compor, por si mesmo, discricionariamente, o conteúdo das invalidades"[533] – o que não se revela viável e nem tampouco adequado.

O terceiro entendimento digno de nota é aquele defendido por Hely Lopes MEIRELLES, segundo o qual a nulidade (absoluta) ou a anulabilidade (relativa) estão relacionadas com a disponibilidade dos interesses envolvidos[534]. Logo, não seria possível cogitar de atos ou contratos anuláveis no âmbito do direito administrativo, na medida em que a invalidade se apresenta como um critério binário – ou é válido ou é inválido – gerador de um único efeito (correspondente ao desfazimento da prática viciada), em razão do interesse público na completa eliminação da irregularidade.

Essa orientação é, no entanto, desafiada pelas gradativas transformações do direito administrativo. Cada vez mais, a conformidade da atuação estatal depende da sua adequação aos valores jurídicos consagrados pela ordem normativa, de sorte que é inviável imaginar que todo e qualquer defeito esteja sempre sujeito a uma mesma consequência.

Há que se reconhecer diferentes níveis de invalidade, que serão repelidos de forma variável, a depender da gravidade do vício e da sua relação com os fins buscados pelo ordenamento ao fixar uma específica disciplina de conduta. Um determinado ato que, apesar de não ser o adequado, realize finalidades legítimas, não pode simplesmente ser equiparado a um ato cuja prática reprovável deva ser cabalmente repelida[535].

---

[533] ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108.

[534] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, p. 232. Embora reconheça a possibilidade de permanência de eventual atuação administrativa eivada de ilegalidade, a depender do sopesamento das circunstâncias do caso concreto e da finalidade pretendida pela norma lesada, Odete MEDAUAR ressalva que a Constituição de 1988 utilizou o vocábulo "anular" ao tratar da ação popular (artigo 5º, inc. LXXIII), o que teria afastado a categoria da anulabilidade. A seu ver, "se o ato administrativo contém defeitos, desatendendo aos preceitos do ordenamento, é nulo, em princípio" (**Direito administrativo moderno**, p. 189-190). Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO igualmente pondera que tal "modalidade, de nulidade relativa, só tem cabimento nos ramos privados do Direito, porque atende à existência de interesses individuais disponíveis" (**Curso de direito administrativo**, p. 228).

[535] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 268-269. Nesse mesmo sentido: ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**, p. 108.

Depois de salientar as tendências contemporâneas do direito administrativo, Almiro do COUTO E SILVA ressalva, inclusive, a excepcionalidade das hipóteses de nulidade absoluta:

> [...] pode-se dizer que os atos inválidos continuam sendo divididos em atos nulos e em atos anuláveis, como sempre se fez, mas possuindo agora outro conteúdo semântico. A diferença com os esquemas de pensamento tradicional está em que os atos administrativos nulos, na concepção atual, constituem um número extremamente diminuto de atos jurídicos, marcados por tão evidente, estridente, manifesto e grosseiro vício que, no direito de alguns países, como a França e a Itália, são eles tidos como inexistentes[536].

A outra corrente doutrinária que pode ser identificada é justamente a que parte da teoria dualista[537], para acrescentar-lhe uma terceira categoria, abarcando os vícios atinentes à inexistência.

É essa a posição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que classifica como inexistentes as condutas "que assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmite, isto é, dos crimes que atentem contra a dignidade humana". Os defeitos reconduzíveis à anulabilidade seriam aqueles passíveis de convalidação, enquanto que a nulidade e a inexistência seriam caracterizadas pela impossibilidade de suprimento do vício[538].

Para fins de categorização dos distintos graus de invalidade, considere-se a classificação quadricotômica proposta por Weida ZANCANER, a partir da qual os defeitos podem ser enquadrados como *absolutamente* ou *relativamente sanáveis* ou como *absolutamente* ou *relativamente insanáveis*[539].

Os *absolutamente sanáveis* correspondem aos vícios que, a despeito de estarem em desconformidade com o ordenamento, são irrelevantes e não acarretam infração a quaisquer

---

[536] COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro, p. 38.

[537] Uma parcela da doutrina considera a distinção entre nulidade e anulabilidade, sem vinculá-la às disposições do Código Civil. A esse respeito: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 288-289; COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro, p. 35-47.

[538] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p. 494. Ainda de acordo com o entendimento do autor, "os atos inexistentes têm regime sempre muito distinto dos atos nulos e anuláveis porque, diversamente deles: a) são imprescritíveis; b) jamais podem ser convalidados, ao contrário dos atos anuláveis, e jamais podem ser objeto de 'conversão', ao contrário dos atos nulos, pois estes últimos, em algumas hipóteses, podem ser 'convertidos' em outros atos; c) é cabível direito de resistência, inclusive *manu militari,* contra eles, diferentemente do que ocorre com os atos nulos e anuláveis; d) uma vez proclamado o vício em que incorreram, em nenhuma hipótese são ressalvados efeitos pretéritos que hajam produzido" (Op. cit., p. 499).

[539] ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**, p. 110 e ss.

valores jurídicos, vindo a ser recebidos pelo direito como se fossem regulares. Já os *relativamente sanáveis* são os que apresentam defeitos passíveis de suprimento, devendo ser convalidados pelo administrador público ou sanados por ato do próprio particular interessado.

De outra parte, os *absolutamente insanáveis* são aqueles que lesionam de forma irreparável a ordem jurídica, sendo totalmente repelidos, sem que a gravidade do vício permita a sua estabilização. Os *relativamente insanáveis* consistem nos defeitos não passíveis de saneamento ou convalidação, mas que podem se estabilizar em virtude do decurso do tempo, da boa-fé do beneficiado ou da existência de norma ou princípio que teria lhes conferido fundamento se a prática houvesse sido regular.

5.2.2 As diferentes categorias de vícios

Isto posto, e tendo em conta a natureza contratual dos acordos substitutivos da decisão unilateral da Administração Pública, cumpre identificar, ainda que de forma bastante sucinta, as espécies de defeitos que podem incidir sobre tais instrumentos de atuação.

Uma forma de classificar os vícios é tomar como ponto de partida os diferentes aspectos que compõe o módulo convencional, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo, objeto, capacidade e consenso. Ressalve-se que tal opção não ignora a impossibilidade de se estabelecer um rol exaustivo e nem a irretocável ponderação de Agustín GORDILLO no sentido de que "as nulidades administrativas não dependem de qual elemento do ato está viciado, senão da importância da infração à ordem jurídica"[540], objetivando apenas sistematizar as invalidades a partir de um critério lógico.

A primeira das espécies de defeitos é aquela que se relaciona com a competência do sujeito público envolvido na relação convencional.

O vício quanto à competência ocorrerá nas hipóteses em que o agente que firmou o ajuste não detinha legitimação para tanto, seja porque não estava regularmente incumbido do exercício de função pública ou ainda porque não possuía atribuições específicas ou suficientes que o autorizassem a fazê-lo.

No primeiro caso, em que não há competência alguma para a celebração do compromisso (tal como ocorre na remota hipótese em que o sujeito é destituído da condição

---

[540] GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo:** el acto administrativo, t. 3. 10 ed. Buenos Aires: F.D.A., 2011. p. XI-3.

de agente estatal), a consequência será a inexistência do acordo – que, de todo modo e em dadas circunstâncias, ainda pode vir a produzir efeitos por conta dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Em contraposição, quando a competência existe, mas é de titularidade isolada ou conjunta de outro órgão ou agente público, a situação é de invalidade[541].

Os vícios quanto à finalidade, por sua vez, decorrem da inobservância do caráter instrumental da atuação administrativa no que se refere à realização dos fins públicos consagrados pelo ordenamento jurídico[542].

Caracterizam-se nas hipóteses em que o administrador age em benefício próprio ou de forma desconectada dos objetivos que deveria consagrar por força da competência funcional que lhe é atribuída pelo sistema normativo. Em casos tais, a validade do acordo substitutivo resta potencialmente prejudicada, uma vez que a sua celebração apenas se justifica quando orientada à persecução dos desígnios que legitimam os poderes jurídicos conferidos ao agente estatal.

Eventuais vícios de forma compreendem a omissão ou inobservância das formalidades indispensáveis à regular constituição do módulo convencional.

Também em relação a estes será necessário verificar as circunstâncias específicas do caso concreto, com o intuito de avaliar se o defeito repercute na própria existência do compromisso (quando se relaciona com requisito necessário à exteriorização dos seus elementos constitutivos) ou se afeta apenas a sua validade (caso decorra do descumprimento de um requisito formalístico exigido pelo ordenamento jurídico, que poderá ou não ser passível de suprimento). É necessário considerar também a existência de irregularidades formais irrelevantes, que não impactam na plena regularidade do ajuste e na produção de seus efeitos.

Outra das espécies de defeitos é concernente aos vícios quanto ao motivo.

Nesses casos, a atuação do administrador carece de pressupostos de fato e de direito aptos a fundamentá-la, pois tal suporte é materialmente inexistente, não corresponde à realidade ou se revela juridicamente inadequado/insuficiente ao objetivo pretendido. De uma forma ou de outra, o defeito no processo de formação da vontade estatal pode constituir causa de invalidação do compromisso consensualmente estabelecido quando a razão

---

[541] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 271-272.

[542] Frise-se que o defeito quanto à finalidade não pressupõe a existência de uma intenção inadequada ou reprovável por parte do agente. Na clássica lição de SEABRA FAGUNDES: "Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal" (**O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 63).

necessária para o agir administrativo for desprovida de justificativas que a conectem, racional e fundamentadamente, com a sua natureza funcional.

No tocante ao objeto, são inúmeras as hipóteses de defeitos, visto que as relações convencionais podem abranger uma vasta gama de situações e cada uma delas apresentará suas próprias peculiaridades.

De modo genérico, o acordo substitutivo incorrerá em eventual vício nos casos em que a substituição da decisão administrativa unilateral deixar de respeitar a ordem jurídica ou então os limites estabelecidos no âmbito do processo administrativo que antecedeu a celebração do ajuste.

A capacidade diz respeito à condição subjetiva das partes contratantes[543], submetendo-se aos requisitos do direito civil que disciplinam as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa (nos termos dos artigos 3º e 4º do Código Civil) e seus respectivos efeitos – nulidade ou anulabilidade – sobre os negócios jurídicos (artigos 166 e 177).

Por último, o vício relativo ao consenso corresponde à inadequada formação do vínculo convencional, desta vez por defeito atribuível ao processo de constituição da vontade do particular. Tome-se como exemplo uma hipótese na qual se constate que o ajuste foi firmado sob coação moral, sem que tenha havido efetiva concordância da parte privada quanto à definição do objeto contratado e das condições para a sua execução.

Tais defeitos apresentam múltiplas escalas de gravidade, as quais devem ser necessariamente ponderadas caso a caso – quer seja pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário – para que se chegue a uma definição acerca da solução aplicável. É essencial que se examine não apenas a compatibilidade do acordo com o modelo normativo, mas também o custo-benefício das medidas nele contempladas, a intenção dos sujeitos público e privado, os valores fundamentais realizados e assim por diante.

Independentemente do vício sob análise, a invalidade apenas se constitui perante a consumação de efetiva violação aos valores tutelados pelo ordenamento. O brocardo *pas de nullité san grief* (não há nulidade sem dano), derivado da doutrina francesa, assenta-se como verdadeiro postulado da teoria das nulidades consolidada em âmbito pátrio[544].

---

[543] Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, o elemento da capacidade refere-se exclusivamente à parte privada. Isto porque "eventual defeito na *capacidade civil* do agente administrativo, bem como os *vícios da vontade* que se lhe possam imputar, não têm repercussão imediata sobre a validade do ato administrativo, pois nem o agente é seu autor, nem é sua a vontade que o constituir, senão age pelo *Estado* e é deste a vontade pública manifestada que opera a constituição da relação jurídica" (**Curso de direito administrativo**, p. 228).

[544] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, p. 190; e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**, p. 256. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal já há muito consolidou orientação no sentido de que tal "postulado básico - *pas de nullité sans grief* - tem por finalidade rejeitar o excesso de

5.3 AS LIMITAÇÕES À INVALIDAÇÃO DOS MÓDULOS CONVENCIONAIS SUBSTITUTIVOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA UNILATERAL

Assim como qualquer outro ato ou contrato administrativo, os acordos substitutivos também podem vir a apresentar vícios que repercutam na sua regular constituição.

Nesses casos, é inegável o dever jurídico que surge para a Administração de identificar tais defeitos e adotar as providências orientadas à sua eliminação. É inadmissível que o agente estatal se mantenha inerte diante de eventual irregularidade verificada, deixando de tomar as medidas que lhe competem e de instaurar, de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, processo administrativo destinado a solucionar o problema. Por outro lado, também não é tolerável que adote uma postura excessivamente formalista perante a prática viciada, sob pena de violar os interesses que justificam e legitimam as competências que lhe são atribuídas pelo ordenamento.

A inafastabilidade da jurisdição, afirmada constitucionalmente por força do inc. XXXV do artigo 5º, faz com que o Poder Judiciário também assuma relevantíssimo papel frente ao controle da atuação administrativa e à necessária recomposição da ordem jurídica.

Como é cediço, a atividade jurisdicional sujeita-se à observância do princípio dispositivo, que obsta a instauração de ofício de um processo judicial destinado a examinar a regularidade dos atos ou contratos da Administração. Pública. Entretanto, uma vez provocado, cabe ao Judiciário apreciar as questões que lhe foram submetidas, nos exatos termos do pedido formulado.

Faz-se necessário examinar, todavia, quais os limites que se apresentam diante do controle da validade do agir administrativo, considerando inclusive as peculiaridades próprias aos mecanismos de atuação sob análise.

---

formalismo, desde que a eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo para qualquer das partes" (STF. HC 73271. Rel. Ministro Celso de Mello. Primeira Turma. Julgado em 19.03.1996). Tal máxima, que se desenvolveu em âmbito pátrio a partir da esfera penal, foi gradativamente incorporada ao direito público, sendo usualmente relacionada à previsão constante do artigo 55 da Lei 9.784/1999, que admite a possibilidade de convalidação dos atos defeituosos que "não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros".

5.3.1 A necessária compatibilização entre o dever de reconhecer a existência do defeito e a estabilidade conferida às convenções

A invalidação não consiste numa consequência necessária – e nem muito menos automática – da identificação de um determinado defeito.

O restabelecimento da ordem jurídica nem sempre demanda o desfazimento da relação contratual viciada e a consequente desconstituição dos efeitos dela derivados. É plenamente possível que a efetiva consagração dos fins públicos imponha solução diametralmente oposta, determinando o suprimento das irregularidades ou até mesmo a manutenção da eficácia do contrato defeituoso.

5.3.1.1 O dever de convalidação que recai sobre a Administração

Como assevera Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, "um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem"[545].

A manutenção das situações jurídicas há de ser vista, portanto, como regra geral.

O ordenamento repele a instabilidade, a incerteza e as mudanças repentinas, orientando-se a estabelecer um ambiente seguro e livre do arbítrio, que possibilite que os sujeitos planejem as suas condutas com convicção, conhecendo de antemão as consequências de seus comportamentos e confiando no atendimento das expectativas delineadas com base no sistema normativo.

A segurança jurídica conjuga-se à presunção de legitimidade dos atos administrativos e aos princípios da boa-fé e da proteção da confiança para permitir que os cidadãos-administrados possam crer que os seus atos ou que as decisões da Administração no que concerne aos seus direitos e relações jurídicas produzirão efeitos duradouros e alcançarão as finalidades as quais se destinam.

Daí porque a retirada de um ato ou contrato viciado do universo jurídico deve ser tida como uma hipótese excepcional.

Tal medida, conquanto indispensável em alguns casos, é sempre apta a causar uma certa perturbação na ordem pública[546]. No melhor dos cenários, a máquina estatal terá sido

---

[545] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p. 489.

[546] Na lição de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, o conceito de ordem pública, tanto em seu sentido material como formal, compreende uma disposição harmônica e ideal de elementos (fatos, valores, princípios e normas) que interagem numa sociedade, "de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável,

inutilmente movimentada, o que resulta no indevido desperdício de esforços e recursos com a estruturação de prática administrativa que acabou se tornando inócua. Isso sem levar em conta os possíveis reflexos diretamente incidentes sobre a esfera jurídica dos cidadãos-administrados, que podem vir a ser lesados com a eventual declaração de nulidade.

Ainda assim, é evidente a necessidade de se reconhecer que um ato ou contrato eivado de vícios é invalidável quando constatada a sua desconformidade com um modelo normativo e a infração a valores juridicamente protegidos[547]. Afinal, a violação ao ordenamento também causa instabilidade e insegurança.

Nessas hipóteses, em que se identifica a ocorrência de uma irregularidade, caberá ao agente competente verificar as peculiaridades das circunstâncias concretas para aferir o grau de intolerância do sistema normativo em relação em relação ao vício apurado. Quanto menor a gravidade da violação aos interesses ou valores jurídicos, maiores as chances de o defeito ser passível de suprimento e vice-versa.

Admitir a correção do vício – seja por meio de mero saneamento (quando se trata de irregularidade irrelevante, que não impacta na produção de efeitos jurídicos) ou através da convalidação (que acarreta o suprimento do vício, por ato do particular ou da Administração, com efeitos retroativos) – não implica negar vigência à norma inicialmente descumprida ou reduzir a importância do princípio da legalidade. Longe disso. Quando cabível, tal solução fortalece o ordenamento como um todo, já que restaura a ordem jurídica e a crença na estabilidade das relações, contribuindo inclusive para a pacificação social[548]. Até mesmo porque, em certos casos, o desfazimento do contrato pode acarretar consequências mais prejudiciais aos interesses coletivos do que a sua manutenção.

Em célebre obra sobre a convalidação e invalidação dos atos administrativos, Weida ZANCANER esclarece que não há livre escolha por parte do administrador público no que diz respeito às providências a serem adotadas perante eventuais defeitos que venham a ser identificados. A seu ver, inexiste "liberdade discricionária que dê à Administração o genérico poder de decidir, por um critério subjetivo, se entende conveniente ou não invalidar,

---

assecuratório da liberdade de cada um" (Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. **Revista de informação legislativa**, v. 25, n. 97, p. 133-154, jan./mar. 1988. p. 143).

[547] "A invalidade consiste num defeito complexo, formado pela (a) discordância formal com um modelo normativo e que é (b) instrumento de infração aos valores consagrados pelo direito. De modo que, se não houver a consumação do efeito (lesão a um interesse juridicamente protegido), não se configurará invalidade jurídica" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 268).

[548] Sobre a relação existente entre o respeito aos compromissos, a confiança estabelecida e a paz social, confira-se: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**, p. 97-100.

se vai ou não convalidar"[549]. Nesse passo, a reparação do vício é medida que se impõe sempre que possível:

> [...] a convalidação propõe-se como obrigatória quanto o ato comportá-la, porque o próprio princípio da legalidade – que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação –, entendido finalisticamente, demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica. Com efeito, a convalidação é um ato que não visa apenas à restauração do princípio da legalidade, mas também à estabilidade das relações jurídicas constituídas, o que nos induz a concluir que se alicerça em dois princípios jurídicos: o princípio da legalidade e o da segurança jurídica[550].

Significa dizer que toda vez que o ato puder ser validamente produzido, por apresentar irregularidades sanáveis que comportem correção, o agente competente terá a obrigação de convalidá-lo. Com isso, elimina-se o defeito, a fim de recompor o ordenamento e preservar, em sua plenitude, as situações de fato e de direito já estabelecidas.

Outra não é a conclusão de BANDEIRA DE MELLO, quando destaca que o suprimento do vício é exigido pelo direito sempre que cabível, pois a segurança jurídica e a boa-fé se somam à restauração da legalidade, fazendo afluir mais razões jurídicas em prol da convalidação do que em favor da invalidação[551].

Afinal, o saneamento da irregularidade restabelece a legalidade tanto quanto o desfazimento do ato ou contrato, consistindo (via de regra) na medida mais consentânea com a realização dos princípios e valores constitucionais perseguidos pela atuação administrativa.

Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI, apontam que o ato de convalidar corresponde a uma "emanação direta dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, não restando aberta para o agente administrativo, a avaliação de dever, ou não, trilhar esse caminho", de modo que sempre que o defeito for passível de correção a autoridade competente não terá qualquer margem de volição para agir de forma diversa[552].

---

[549] ZANCANER, Weida. **Da convalidação e invalidação dos atos administrativos**, p. 64.

[550] ZANCANER, Weida. **Da convalidação e invalidação dos atos administrativos**, p. 67. A autora ressalva que a única exceção a essa regra corresponderia aos atos discricionários praticados por autoridade incompetente, uma vez que "não se poderá pretender que o agente a quem competia tal poder seja obrigado a repraticá-lo sem vício (convalidá-lo), porquanto poderá discordar da providência tomada" (Op. cit., p. 66). Mesmo nessa hipótese, entende-se que as circunstâncias específicas do caso concreto e a boa-fé do administrado serão determinantes para que se examine a possibilidade de desfazimento do ato. Como esclarece Juarez FREITAS, "a própria afirmação da autonomia e da juridicidade do princípio da boa-fé ou da confiança do administrado na Administração, e vice-versa, conduz, forçosa e logicamente, ao reconhecimento de limites – menos formais do que substanciais – para a decretação de nulidade de um ato administrativo, ou a anulação do mesmo" (Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. In: _____. **Estudos de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 23).

[551] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p. 493.

[552] FERRAZ, Sérgio; e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**, p. 257.

Idêntica é a orientação de Almiro do COUTO E SILVA[553], Jacintho de Arruda CÂMARA[554] e Gustavo BINENBOJM[555], segundo os quais a convalidação consubstancia-se em verdadeiro dever jurídico.

A doutrina costuma invocar dois requisitos para a convalidação: a viabilidade de o ato ou contrato ser produzido sem vício e a ausência de impugnação quanto aos seus termos.

O primeiro deles consiste numa decorrência lógica da própria possibilidade de suprimento da irregularidade. As providências destinadas à eliminação do defeito não podem modificar a essência do ato ou contrato, pelo que seria desarrazoado pretender adotá-las nas hipóteses em que estes não poderiam ter sido anteriormente produzidos de forma válida.

Já a segunda exigência diz respeito ao direito de eventuais interessados na pronúncia do vício. De acordo com Jacintho Arruda CÂMARA, a partir do momento em que se verifica a existência de impugnação a uma dada atuação, "o princípio da segurança jurídica muda de lado – não está mais a determinar a preservação dos efeitos do ato viciado, ao contrário, pugna por desconstitui-los". A confiança que se tem na legitimidade do agir administrativo seria sobreposta pela confiança na legalidade, "amparada pela garantia constitucional de que não serão criados direitos nem obrigações senão em virtude de lei"[556].

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, permitir a convalidação mesmo após a impugnação da prática defeituosa implicaria em tornar inútil a arguição do vício, "pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração e não do dever de obediência à ordem jurídica"[557].

Impende assinalar que não existe um consenso doutrinário em relação a tal requisito. Enquanto alguns autores, na esteira dos acima citados, sustentam que a mera existência de um questionamento judicial ou administrativo seria suficiente para impedir a convalidação, outros – amparados pela lição de Weida ZANCANER – entendem que a "barreira ao dever de convalidar" apenas se justifica nos casos em que o sujeito ativo da impugnação é o

---

[553] COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 84, p. 46–63, out./dez. 1987. p. 59-62.

[554] CÂMARA, Jacintho de Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciado. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em 24 de fevereiro de 2017. p. 7-8.

[555] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**, p. 198-199.

[556] CÂMARA, Jacintho de Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciado, p. 8.

[557] O administrativista admite, todavia, uma exceção a esta regra: "É o caso da 'motivação' de ato vinculado expendida tardiamente, após a impugnação do ato. A demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p. 490).

interessado direto no reconhecimento da invalidade (isto é, aquele cujo patrimônio jurídico foi ou pode vir a ser lesado pela prática defeituosa)[558]. Consoante este segundo entendimento, questionamentos apresentados por outros sujeitos de direito, enquanto cidadãos, ou até mesmo pelo Ministério Público, na condição de fiscal da lei, não poderiam ser tidos como óbices intransponíveis à convalidação.

Com efeito, a menos que o próprio interessado, diretamente prejudicado pelo vício, repute que o seu saneamento é inviável, não há porque impedir de plano o suprimento da irregularidade. Também nessa hipótese se está diante de uma consequência inerente ao reconhecimento da possibilidade de correção do defeito, pelo que o aspecto essencial a ser considerado consiste na gravidade da lesão aos valores tutelados pelo ordenamento, e não na existência ou não de impugnação.

Tome-se em conta um contrato inquinado por um vício de cunho formal, que não compromete o seu conteúdo e nem as finalidades públicas por ele contempladas. Não faria sentido impedir a sua convalidação pelo simples fato de o vínculo ter sido impugnado administrativa ou judicialmente. Ainda que a impugnação tenha sido apresentada pelo interessado direto na pronúncia da irregularidade, parece razoável exigir que ele demonstre as razões pelas quais reputa que o suprimento do defeito não é cabível.

Além disso, cabe cogitar, ainda, de um terceiro requisito, correspondente à ausência de colaboração do cidadão-administrado para a ocorrência do vício. Não seria adequado admitir que o particular participasse de uma prática defeituosa ou fosse conivente com ela, por confiar no posterior suprimento da invalidade com efeitos retroativos.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que o administrador público deve promover a reparação dos problemas verificados sempre que cabível, desde que o ato ou contrato não tenha sido impugnado pelo interessado e que ele não tenha concorrido para a consumação do vício, instaurando processo administrativo destinado a eliminar os defeitos sanáveis ou comunicando a autoridade competente para tanto. Tais providências são inerentes ao regular exercício de sua função, pelo que o agente não pode se omitir frente a

---

[558] ZANCANER, Weida. **Da convalidação e invalidação dos atos administrativos**, p. 72. Ainda de acordo com a autora: "há que se distinguir entre os interessados diretos em impugnar os atos inválidos e os interessados indiretos. Em uma República todos somos interessados na lisura do comportamento da Administração Pública, e o ordenamento pátrio fornece meios para que os administrados possam se insurgir contra qualquer comportamento dos agentes públicos, em geral, que abandone a senda da legalidade. Sem embargo, não há confundir a tutela jurídica conferida ao interessado direto em um ato viciado, por afronta a seu patrimônio jurídico, com o direito conferido a todos os cidadãos em razão do disposto na Lei 4.717/1965" (Op. cit., p. 73).

uma prática defeituosa e nem adotar posição excessivamente rigorosa ou formalista, sob pena de incorrer em violação à ordem jurídica.

Como não poderia deixar de ser, este entendimento é aplicável também aos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral.

A ocorrência de eventual vício não é por si só suficiente para conduzir à invalidação da relação convencional firmada entre a Administração e o particular. A solução aplicável tem de considerar as especificidades do caso concreto e também as particularidades de tal mecanismo de atuação.

Incumbe ao agente administrativo cotejar a natureza do defeito com os valores jurídicos por ele afetados, lançando mão da ponderação entre os diversos princípios conflitantes. Uma vez verificada a possibilidade de convalidação do ajuste, a autoridade competente não pode se negar a fazê-lo. Terá o dever de adotar as providências necessárias ao suprimento do vício, com vistas a restabelecer a legalidade e resguardar os efeitos produzidos pelo compromisso firmado entre os sujeitos público e privado.

Registre-se que a obrigação que recai sobre o administrador independe da sua efetiva participação na avença. O fato de o módulo convencional ter sido celebrado por outro agente que não aquele diretamente responsável pela verificação da sua regularidade não permite que se opte pelo desfazimento do compromisso diante de um defeito sanável.

Como já se viu, a possibilidade de convalidação dos atos e contratos inquinados por irregularidades passíveis de correção não pode ser entendida como uma mera faculdade, a ser discricionariamente exercida conforme um juízo de conveniência e oportunidade. Corresponde a um verdadeiro dever jurídico, de observância obrigatória por toda a Administração, e não apenas pelo agente estatal que participou diretamente da prática administrativa fiscalizada.

Isso é ainda mais evidente no que se refere aos acordos substitutivos.

As concepções doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da convalidação e da teoria das nulidades foram construídas em torno dos atos administrativos unilaterais e imperativos. Por conta disso, são marcadas pela preocupação em se estabelecer limites destinados a assegurar não só a recomposição da ordem jurídica, mas também a proteção dos cidadãos-administrados que podem vir a ser lesados por uma atuação defeituosa do Poder Público. Embora tais ideias tenham sido transpostas para o âmbito dos contratos, consideram os vínculos caracterizados pela existência de poderes especiais (ditos exorbitantes), que conferem prerrogativas para os agentes administrativos.

Mas os módulos convencionais apresentam configuração nitidamente distinta, pressupondo a aplicação do direito ao caso concreto e afastando a unilateralidade e imperatividade. A criação da situação jurídica compete ao administrador público e este, após avaliar as circunstâncias, opta por convencionar como fazê-lo, estabelecendo em conjunto (e em pé de igualdade) com o particular as disposições que irão reger o relacionamento existente entre as partes.

Por conseguinte, não seria razoável admitir que a normatividade individual e concreta que se delineia a partir do acordo de vontades pudesse ficar relegada a um segundo plano. Além de o acordo de vontades representar a alternativa tida como mais adequada pela Administração à luz de um determinado conjunto fático, tanto o sujeito público como o privado escolheram se vincular a um específico plexo de direitos e obrigações consensualmente delineado – o que robustece o dever de convalidação, inclusive por força dos princípios que lhe conferem substância.

É mais consentâneo com o ordenamento assegurar a manutenção das relações passíveis de serem convalidadas e albergadas pelo sistema normativo do que permitir que elas sejam extirpadas do mundo jurídico, desconsiderando a intenção manifestada pelas partes e a própria finalidade pública que se pretendia atingir por meio da convenção.

Vale notar que o particular interessado pode, inclusive, recorrer ao Poder Judiciário com o intuito de obter provimento jurisdicional que determine a instauração de processo administrativo destinado a examinar o defeito e promover, quando cabível, a convalidação do ajuste que o contém.

Logicamente, não se admite que o Judiciário venha a usurpar as competências da Administração, de modo a substituir a decisão que cabe ao agente administrativo pelas convicções do julgador. Por outro lado, é plenamente possível o controle judicial do resultado do processo administrativo que tenha concluído pela possibilidade ou não de suprimento de um determinado defeito.

Ainda que se repute que o ato de convalidar consiste numa competência discricionária do administrador[559], o entendimento manifestado deve observância aos

---

[559] Ressalva-se que a doutrina parece caminhar para uma uniformidade no que diz respeito ao dever de convalidação dos atos ou contratos viciados. Mesmo aqueles que entendiam que se tratava de uma faculdade da Administração estão mudando de orientação para reconhecer a natureza vinculada de tal providência. É o caso, por exemplo, de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: "Em edições anteriores vínhamos entendendo que a convalidação é ato discricionário, porque cabe à Administração, diante do caso concreto, verificar o que atende melhor ao interesse público [...] Evoluímos, no entanto, a partir da 11ª edição para acompanhar o pensamento de Weida Zancaner, no sentido de que o ato de convalidação é, às vezes, vinculado, e outras vezes, discricionário" (**Curso de direito administrativo**, p. 289). A autora passou a entender que a "convalidação é,

princípios e normas que compõem o ordenamento. Assim sendo, a análise jurisdicional deve averiguar se o agente "observou os princípios constitucionais gerais e os princípios setoriais da Administração Pública (como publicidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência, confiança legítima)"[560], podendo chegar a conclusão de que a convalidação era possível e consistia na melhor – ou na única – alternativa cabível diante do caso concreto.

5.3.1.2 A estabilização dos efeitos do módulo convencional viciado

Os acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral podem produzir efeitos de natureza jurídica (eficácia jurídica) ou de natureza fática (eficácia fática)[561]. Em virtude da normatividade que lhes é inerente, a sua própria existência já opera uma modificação no mundo jurídico, pois resulta na criação de uma situação jurídica subjetiva vinculante para ambas as partes envolvidas. Ademais, tais ajustes repercutem no plano dos fatos, na medida em que são adotadas providências voltadas à observância do conjunto de direitos e obrigações que deriva do acordo de vontades[562].

Em regra, a invalidação é apta a atingir ambos os efeitos.

O desfazimento de um contrato padecente de vícios costuma operar retroativamente (*ex tunc*), fulminando não apenas o vínculo em si, mas também as consequências dele decorrentes. Isso se dá porque a desconformidade com a lei atinge as origens da prática administrativa defeituosa[563], de modo que a invalidação visa a suprimir os seus efeitos para o futuro, inclusive com o objetivo de recompor a situação anterior à consumação da ilegalidade.

No entanto, há que se considerar que, em certos casos, a anulação de uma relação contratual viciada é apta a acarretar resultados mais danosos ao sistema jurídico do que a preservação de seus efeitos. E isso por conta das mais diversas razões. Não é raro que os

---

em regra, obrigatória", salvo quando se trata de ato discricionário praticado por autoridade incompetente (Op. cit., p. 290).

[560] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**, p. 247.

[561] Sobre as diferentes ordens de efeitos: AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **Teoria do ato administrativo**, p. 61 e ss.

[562]Na síntese de Jacintho Arruda CÂMARA: "O ato passa a ser detentor de eficácia jurídica a partir do momento em que emana uma ordem imediatamente vinculante: *deve ser 'x'* e com isso cria uma relação jurídica. Esta ordem pode outorgar um direito, pode extingui-lo; pode estipular uma proibição; para resumir tudo numa palavra: constitui uma relação jurídica. Isso tudo, repita-se, no plano normativo. A eficácia fática diz respeito à repercussão que o mandamento provoca no ambiente social no qual está inserido (eficácia social). O ato ganha eficácia fática quando são produzidos fatos para dar cumprimento à ordem nele estabelecida (eficácia jurídica)" (A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciado, p. 4).

[563] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**, p. 279.

efeitos constituídos se tornem imutáveis no plano fático, seja porque já se exauriram ou porque não é possível retornar ao *status quo ante.* Também pode acontecer de os fins públicos terem sido devidamente atingidos, a despeito do defeito, ou de a anulação ser apta a gerar tamanha insegurança e instabilidade que ela se torna desaconselhável.

Essa conjuntura pode tornar imperiosa a manutenção da eficácia de atos ou contratos potencialmente inválidos, mesmo nas hipóteses em que a correção da irregularidade não é viável. Trata-se de possibilidade amplamente reconhecida pela doutrina estrangeira.

No âmbito do direito italiano, por exemplo, a existência de um interesse público concreto e atual é vista como um requisito para a pronúncia da invalidade, de modo que a Administração pode reputar inadequada a anulação de um determinado provimento em vista das situações jurídicas anteriormente consolidadas[564].

Raciocínio semelhante firmou-se na Espanha, mediante o reconhecimento (e a consagração normativa) da boa-fé e da confiança legítima enquanto fatores limitativos da atuação administrativa[565].

A doutrina alemã igualmente admite a estabilização de atos maculados por irregularidades, em razão da necessidade de manutenção de seus efeitos por força destes mesmos princípios[566]. Harmut MAURER demonstra que a jurisprudência gradativamente desenvolveu um entendimento no sentido de que a invalidação dos atos administrativos é dominada por dois postulados: "por um lado, pelo princípio da legalidade da administração, que exige a eliminação de atos administrativos antijurídicos e, por outro, pelo princípio da proteção à confiança, que pede a manutenção do ato administrativo beneficente" – os quais devem ser ponderados e examinados caso a caso, autorizando, inclusive, soluções que estabeleçam limites objetivos ou temporais para a preservação da eficácia[567].

Ao examinar a nulidade dos contratos administrativos celebrados sob a égide do ordenamento francês, Dominique POUYAUD também aponta para a possibilidade de manutenção do vínculo, apesar da caracterização de eventual defeito, a fim de se resguardar a finalidade pública visada pela contratação[568].

Em âmbito pátrio, a temática passou a despertar renovada atenção da doutrina ao longo da última década. As concepções relativas à invalidação – que num primeiro momento

---

[564] VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo.** 4 ed. Milão: Giuffrè, 1972. p. 451-453.
[565] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**, 672.
[566] COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo, p. 55-56.
[567] MAURER, Harmut. Elementos de direito administrativo alemão, p. 70-71.
[568] POUYAUD, Dominique. **La nullité des contrats administratifs**. Paris: L.G.D.J, 1991. p. 359-363.

consideravam um enfoque formalista que se revelou incompatível com o texto constitucional – têm acompanhado a crescente (e fundada) preocupação com a segurança jurídica e com a melhoria de qualidade das decisões públicas, caminhando para o delineamento de alternativas orientadas ao alcance de uma maior estabilidade e eficiência.

Passou-se a reconhecer a existência de limites à desconstituição dos atos e contratos viciados, os quais, por vezes, determinam a preservação da sua eficácia e impedem a pronúncia da irregularidade. A despeito da ilegalidade constatada, os correspondentes efeitos acabam por permanecer no sistema como se tivessem derivado de uma atuação administrativa válida e legítima, conduzindo ao que se denomina de estabilização.

Exteriorizando essa concepção, Jacintho Arruda CÂMARA afirma:

> Na estabilização, o ato administrativo permanece como foi praticado, ou seja, ostentando um vício. Não há qualquer ação, seja da Administração, seja de algum particular interessado, no sentido de corrigir o vício que macula o ato. Entretanto, os efeitos por ele produzidos permanecem válidos, *imunes* a qualquer tentativa de desconstitui-los.
> Isso se dá porque sobre estes efeitos incidem normas jurídicas que os preservam. Preservam os efeitos fáticos-jurídicos produzidos pelo ato viciado, não o ato em si (processo), que é desconsiderado como veículo introdutor desses efeitos no mundo jurídico, tornando-se relevante apenas na geração de outros efeitos – não mais como ato propriamente dito, mas como fato jurídico, visto que não é mais uma norma que se obtém como efeito do "ato", mas outras consequências jurídicas, tais como a punição do agente responsável pela prática do ato, ou a indenização de um terceiro prejudicado com a manutenção dos efeitos de um ato viciado.
> Os efeitos do ato viciado encontram, por assim dizer, outro suporte que não o ato que o produziu. O ordenamento os acolhe, independentemente de haverem sido introduzidos no mundo jurídico por veículo inadequado (o ato viciado). São normas específicas, como a que estabelece a prescrição, ou princípios gerais do Direito, que fazem com que os efeitos de um ato viciado permaneçam no sistema como se produzidos por atos válidos fossem[569].

Weida ZANCANER igualmente pondera que a anulação não consiste numa solução indistintamente aplicável a todo e qualquer caso, com referência a quaisquer relações inválidas e não-convalidáveis que venham a se apresentar diante do administrador público. O dever de desfazimento da prática irregular "pode se transmudar no dever de não invalidar, ora tão-só por força do princípio da segurança jurídica, ora deste aliado ao da boa-fé, quando em causa atos ampliativos de direitos"[570].

Os fatos posteriores à composição da relação viciada podem transformar o contexto que lhe deu origem, resultando no surgimento de circunstâncias merecedoras de proteção e no consequente afastamento da obrigação de invalidar. Em determinados casos, a

---

[569] CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciado, p. 9.
[570] ZANCANER, Weida. **Da convalidação e invalidação dos atos administrativos**, p. 110.

preservação das situações constituídas está amparada pela incidência de regras ou princípios que lhes conferem estabilidade. Em outros tantos, verifica-se que a sua desconstituição é apta a ocasionar ainda mais agravos à ordem jurídica.

Surge, nesses casos, um dever jurídico de abstenção. Apesar da inviabilidade de suprimento do defeito identificado, nem a Administração Pública nem o Poder Judiciário poderão adotar qualquer decisão tendente ao desfazimento da prática irregular e/ou dos efeitos dela decorrentes.

A estabilização dos atos inválidos é usualmente cogitada em duas hipóteses: quando houver escoado o prazo para a pronúncia da invalidade ou quando, embora não vencido tal prazo, o vínculo puder ser caracterizado como ampliativo de direitos do administrado de boa-fé[571]. De resto, é possível admiti-la também quando a retirada do ato do mundo jurídico for ocasionar maiores gravames do que a sua manutenção no sistema[572].

Resta sedimentada a ideia de que a ordem jurídica não tolera a instabilidade, a indeterminação e nem muito menos a eternização de eventuais conflitos. Consequentemente, estabelece prazos prescricionais e decadenciais destinados a disciplinar a extinção de poderes e direitos em virtude do decurso do tempo.

Sem desconsiderar as divergências existentes quanto à natureza do prazo estipulado[573], cabe registrar que o artigo 54 da Lei de Processo Administrativo Federal funciona como regra geral, prevendo que decai em 5 (cinco) anos o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários.

É evidente que este marco temporal deve ser observado, por analogia, no que diz respeito à declaração de nulidade dos contratos firmados com a Administração Pública. Enfim, "se é impositivo perante atos unilaterais, quando o particular, então, sequer concorreu para a integração deles, maiormente deverá sê-lo se estes são frutos de vontades que se transfundem para lhes dar nascimento"[574].

---

[571] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p. 492.
[572] FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**, p. 120.
[573] Para Almiro do COUTO E SILVA, "é irrecusável que o prazo do art. 54 da Lei 9.784/99 é decadência e não prescrição. O que se extingue pelo transcurso do prazo, desde que não haja má-fé do interessado, é o próprio **direito** da Administração Pública federal de pleitear a anulação do ato administrativo, na esfera judicial, ou de ela própria proceder a essa anulação, no exercício da autotutela administrativa" (O princípio da segurança jurídica [proteção à confiança] no direito público brasileiro, p. 31). Já para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, trata-se de prazo prescricional, embora o referido dispositivo "leve a crer erroneamente que se trata de decadência" (**Curso de direito administrativo**, p. 243).
[574] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. p. 1093-1094.

Dessa forma, o transcurso do tempo pode ser por si só suficiente para acarretar a automática estabilização da prática administrativa potencialmente inválida, obstando a sua desconstituição e impondo a permanência de seus efeitos.

Outro dos limites à anulação é aquele que deriva da tutela conferida pelo ordenamento às situações já consagradas. A segurança jurídica soma-se aos princípios da boa-fé e da proteção da confiança para impedir a frustração das expectativas legítimas geradas pela conduta do administrador público, de modo a assegurar a preservação da eficácia de um dado ato ou contrato viciado.

A ausência de conhecimento ou certeza quanto ao defeito é capaz de acarretar a consolidação de situações jurídicas – e até mesmo de expectativas – em torno da atuação administrativa irregular. Afinal, em virtude da autoexecutoriedade e da presunção de legitimidade, o cidadão-administrado encontra-se vinculado às previsões e efeitos dela decorrentes até que haja a pronúncia do vício pelo Poder Judiciário ou pela autoridade administrativa competente.

Mas, a depender das consequências (fáticas e jurídicas) consagradas, o desfazimento do ato ou contrato pode se revelar inviável.

Ao tratar das limitações à invalidade sob a ótica da proteção das expectativas e da paulatina incorporação de tal postulado pelo ordenamento jurídico brasileiro, Rafael VALIM esclarece:

> Nesta matéria será fácil vislumbrar a revolução provocada pelo reconhecimento do princípio da segurança jurídica, sob a vertente da proteção à confiança. Conforme veremos, vetustos dogmas, como o célebre *quod nullum est nullum producit efectum* [o que é nulo não produz nenhum efeito], cuja aplicação no direito público vinha quase sempre em desfavor do administrado, foram superados, de modo a corrigir deformações no princípio da legalidade decorrentes do oblívio de que tal magno princípio está a serviço da liberdade do cidadão, e não do arbítrio do Estado. [...] Sucede porém que as *consequências da invalidade* podem variar, em conformidade com a *valoração* da ordem jurídica a respeito das multifárias violações cometidas contra ela própria[575].

Em outra obra, o referido autor salienta, ainda, que a tutela conferida à confiança legítima "matiza dogmas cultivados há muito tempo pela ciência jurídica, como, por exemplo, o de que a invalidação sempre seria via idônea para a recomposição da legalidade e que sempre operaria efeitos *ex tunc*"[576].

---

[575] VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**, p. 89.
[576] VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo, p. 89-90.

Juarez FREITAS posiciona-se nesse mesmo sentido, acrescentando que o princípio da proteção da confiança é "decisivo para solver o problema de invalidação dos atos administrativos, assim como [...] para fixar limites à cogência anulatória de atos maculados por vícios originários", eis que determina o sopesamento das circunstâncias concretamente envolvidas e dos diferentes princípios em conflito[577].

A boa-fé também adquire fundamental relevância para a estabilização dos efeitos dos contratos inválidos. Tal postulado alia-se à segurança jurídica para impor barreiras ao dever de invalidar, tornando imutáveis as relações anteriormente constituídas.

Em mais de uma hipótese a jurisprudência reconheceu a possibilidade de manutenção dos efeitos de ato ilegal em razão da estabilidade que lhe é conferida pela boa-fé e pela proteção da confiança dos cidadãos-administrados.

O mandado de segurança de n.º 22.357/DF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, costuma ser referido como o *leading case* desta orientação. Ao examinar a regularidade de contratações realizadas pela Infraero sem concurso público o voto condutor do acórdão ressaltou que a segurança jurídica assume um papel ímpar no sistema jurídico e na própria realização da justiça, concluindo pela manutenção dos efeitos do ato de admissão com base em circunstâncias específicas e excepcionais que denotam "a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa-fé"[578].

Isso não quer dizer que a possibilidade de preservação de circunstâncias já consagradas não era reconhecida pelo Poder Judiciário em momento anterior. Ainda na década de 60, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela consolidação de certas situações jurídicas, impedindo o seu desfazimento por parte da Administração Pública[579]. O que se verifica com o passar dos anos é o gradativo reposicionamento desse entendimento com base nos valores e princípios consagrados pelo texto constitucional.

Já na década de 90, o Superior Tribunal de Justiça consignou que, para o exame da nulidade da atuação administrativa, "é necessário temperar a rigidez do princípio da

---

[577] FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 61.
[578] STF. MS 22.357/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 27.05.2004.
[579] Almiro do COUTO E SILVA identifica três exemplos de decisões nesse sentido (RMS 13.807, RMS 17.144 e RE 85.179), destacando que a diferença destas decisões para as mais recentes está na fundamentação: "Enquanto a mais recente alude ao princípio da segurança jurídica, as outras limitam-se a referir que o ato judicial, depois reformado, dera causa a situação de fato e de direito que não conviria fosse renovada" (O princípio da segurança jurídica [proteção à confiança] no direito público brasileiro, p. 23).

legalidade, para que se coloque em harmonia com os cânones da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores necessários à perpetuação do Estado de Direito"[580].

Orientações semelhantes continuaram a ser manifestadas pela jurisprudência, o que denota uma tendência ao reconhecimento do *status* constitucional do princípio da segurança jurídica – inclusive sob o seu aspecto subjetivo, de proteção da confiança legítima – e também da sua relevância enquanto parâmetro para a avaliação da questão atinente à invalidade dos atos e contratos.

Mais recentemente, tem-se decidido pela necessidade de manutenção da eficácia de atos potencialmente inválidos, em virtude da aplicação de tais postulados.

> Incidência do princípio da confiança no tocante à Administração Pública, o qual se reporta à necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que se qualifiquem como antijurídicos [...] desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. Princípio que corporifica, na essência, a boa-fé e a segurança jurídica[581].

Importa registrar, ainda, que a pronúncia do vício pressupõe a devida ponderação dos múltiplos interesses em conflito e do próprio impacto da medida de controle[582]. Não há que se cogitar da anulação do ato ou contrato viciado se tal providência for inadequada para assegurar a realização dos fins públicos e nem muito menos caso não corresponda à solução menos lesiva para o caso concreto.

As considerações acima expostas devem ser observadas, inclusive, no que diz respeito aos módulos convencionais substitutivos da decisão administrativa.

Também estes se sujeitam à estabilização pelo decurso do tempo.

Reputa-se que, mesmo nas hipóteses em que o beneficiário não tenha agido de boa-fé, a tese da imprescritibilidade não pode ser admitida, em virtude da sua incompatibilidade com o ordenamento, que prestigia a segurança jurídica e a estabilidade das relações. Muito embora ainda não haja uma orientação consolidada acerca da questão, quer seja em âmbito doutrinário ou jurisprudencial, tem-se entendido que a pronúncia da invalidade pode ocorrer

---

[580] STJ. REsp 45.522/SP. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Primeira Turma. Julgado em 14.09.1994.
[581] STJ. REsp 1.229.501/SP. Rel. Ministro Og Fernandes. Segunda Turma. Julgado em 6.12.2016.
[582] Consoante o magistério de Adilson Abreu DALLARI, "é importante perguntar: Por que invalidar? Mais importante ainda é perguntar: Para que invalidar? Qual o objetivo pretendido com a anulação? Muitas vezes, a salvaguarda do interesse público determina a manutenção da relação jurídica constituída de maneira irregular" (**Aspectos jurídicos da licitação**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 180).

em até 5 anos no que se refere às práticas que contam com a boa-fé do particular beneficiado e em até 10 anos nos casos em que se constata a ausência desta[583].

De mais a mais, é necessário considerar que, por confiar na regularidade da atuação do administrador público, o particular é levado a crer que deve pautar a sua conduta pelas normas individuais e concretas que se estabelecem a partir da convenção firmada entre as partes. Ademais, nutre expectativas no sentido de que não sofrerá a imposição de uma dada situação jurídica, por meio de um provimento unilateral e imperativo da Administração.

Pode-se cogitar, inclusive, da caracterização de uma espécie de "confiança qualificada" nesses casos.

Assim se passa porque a celebração do acordo substitutivo tem como premissa a procedimentalização de todo um processo de negociação, que demanda amplos esforços por parte dos envolvidos para a estruturação de uma solução consensual considerada adequada e satisfatória para o atingimento das finalidades públicas e para a proteção dos interesses do sujeito privado. Tendo em vista que o exercício negociado da competência estatal resulta num conjunto de direitos e obrigações construído sob medida para o caso concreto, à luz do ordenamento, é razoável que a expectativa gerada seja ainda mais firme do que aquela que deriva da subsunção de uma determinada circunstância fática à norma geral e abstrata emanada do legislador.

Além disso, e conquanto tal circunstância não seja suficiente para fundamentar a preservação da eficácia de uma relação convencional irregular, cabe ter em mente que, salvo em hipóteses excepcionais (inquinadas por vícios na formação do ajuste), o acordo de vontades apenas vem a ser formalizado quando ambas as partes envolvidas – tanto a Administração Pública como o particular – entendem que o ajuste foi validamente constituído, tendo preenchido todos os requisitos necessários para a integral produção dos efeitos pretendidos. Se assim não fosse, não haveria justificativa para a sua celebração.

A ressalva é relevante, pois diferencia este mecanismo de atuação dos demais (tais como os atos administrativos unilaterais e imperativos), em que a situação jurídica é imposta ao administrado, mesmo que ele discorde ou tenha dúvidas quanto à validade da prática administrativa.

Em vista dessas circunstâncias, a segurança jurídica, a proteção da confiança e a boa-fé ganham ainda mais relevo no âmbito dos módulos substitutivos, assumindo papel

---

[583] Nesse sentido: ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**, p. 79; e FREIRE, André Luis. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**, p. 124-128.

fundamental frente à estabilização das convenções e à consequente manutenção dos efeitos por elas produzidos.

Por último, a preservação da situação jurídica subjetiva derivada do acordo de vontades também se justifica nas hipóteses em que a sua retirada do mundo jurídico for apta a ocasionar gravame superior ao gerado pela sua permanência.

Ainda que a legalidade tenha sido ferida, é perfeitamente possível que a solução menos lesiva ao conjunto de valores e interesses juridicamente protegidos consista na manutenção do acordo de vontades maculado por eventual defeito. Isso evidentemente não afasta a possibilidade de responsabilização dos sujeitos causadores do ilícito e dos prejuízos correspondentes, mas obsta a desconstituição do ajuste.

5.3.2 A invalidação dos módulos convencionais substitutivos

Sob outro ângulo, os acordos substitutivos não podem ser examinados a partir de uma ótica autorreferenciada, que deixe de tomar em conta a sua dimensão instrumental, como se o consenso consistisse sempre na solução mais adequada e fosse suficiente para afastar todo e qualquer defeito.

A gravidade da lesão a valores consagrados pelo ordenamento pode vir a determinar o desfazimento do vínculo convencional, nas hipóteses em que se identificar uma irregularidade insanável e que não tenha adquirido estabilidade (por força do decurso do tempo, da incidência de regras e princípios que lhe confiram proteção ou dos possíveis prejuízos que decorreriam da desconstituição), fazendo com que a pronúncia da invalidade consista na única alternativa para a recomposição da ordem jurídica. Mas, mesmo nesses casos, determinados limites devem ser observados.

5.3.2.1 Os parâmetros balizadores da anulação

Ao examinar os vícios dos contratos administrativos, Aline Lícia KLEIN propõe que a decisão de invalidação seja desmembrada em duas análises sucessivas.

Num primeiro momento, “avalia-se a conformidade do contrato celebrado e dos atos que o antecederam com os requisitos legais”, a fim de aferir a ocorrência ou não de uma ilegalidade. Em seguida, após a constatação de eventual vício, examinam-se “os efeitos já produzidos pelo contrato e aqueles que decorrerão da sua eventual desconstituição”, com o

intuito de realizar "um juízo de ponderação dos diversos princípios e valores tutelados que a decisão a ser tomada envolve"[584].

Este aparenta ser, de fato, o caminho mais adequado para que se verifique o cabimento da anulação e a sua amplitude frente aos efeitos derivados da prática administrativa viciada.

A perspectiva finalística, vinculada à avaliação dos resultados e da efetiva concretização das necessidades coletivas, deve permear tanto a análise atinente à validade do módulo convencional como aquela relativa à própria definição da medida de controle cabível. A nulidade deve ser pronunciada quando se apresentar como solução indispensável (e menos onerosa) para a realização dos valores e interesses tutelados pelo ordenamento e apenas na medida necessária para tanto.

Conforme explica Weida ZANCANER, o sistema jurídico-positivo estabelece balizas ao exercício do dever de invalidar, posto que "coexistem com o princípio da legalidade outros princípios que devem ser levados em conta quando do estudo da invalidação"[585].

Significa que a existência de um vício sério e grave pode não ser suficiente para justificar o integral desfazimento do compromisso com efeitos retroativos (*ex tunc*), por força da segurança jurídica, da boa-fé e/ou dos possíveis reflexos que decorreriam de eventual providência nesse sentido.

Admite-se, em certas circunstâncias, que os efeitos da invalidade proclamada deixem de seguir a sistemática comumente tomada como regra geral – que determina a eliminação de todas as consequências derivadas do contrato defeituoso –, vindo a ser modulados de acordo com as especificidades do caso concreto. As situações fáticas já consagradas ou o risco de desproporcional vulneração aos interesses envolvidos impedem que a declaração de nulidade opere retroativamente, de modo a assegurar a preservação dos efeitos que haviam se consolidado em momento anterior.

Diversamente do que ocorre nos casos de estabilização, em que o ato ou contrato é mantido no mundo jurídico (mesmo que como um fato jurídico dotado de eficácia[586]) apesar de ser potencialmente inválido, na hipótese ora cogitada a irregularidade é pronunciada, "interrompendo a continuidade da relação jurídica" com efeitos *ex nunc.* Ainda assim, "no

---

[584] KLEIN, Aline Lícia. **Os vícios dos contratos administrativos**, p. 76.
[585] ZANCANER, Weida. **Da convalidação e invalidação dos atos administrativos**, p. 73.
[586] CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciado, p. 9.

tocante aos efeitos já realizados (efeitos *ex tunc*), caberá, em cada caso, avaliar seu desfazimento", permitindo-se a sua manutenção quando a desconstituição se revelar inviável ou danosa aos fins públicos cuja realização incumbe à Administração[587].

É inquestionável que a contrariedade ao texto constitucional consiste no mais grave vício de nulidade verificado no ordenamento pátrio. Mas convém observar que, inclusive nesses casos, o legislador procurou resguardar a segurança jurídica, estabelecendo que a infração à Constituição não acarreta direta e necessariamente a pronúncia do vício com efeitos retroativos.

A propósito, confira-se as disposições constantes da Lei 9.868/1999, que trata da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e da Lei 9.882/1999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental:

> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.
>
> Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Marçal JUSTEN FILHO adverte que não há justificativa lógico-jurídica para que tal solução fique restrita apenas ao âmbito da declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos. A possibilidade de modulação de efeitos, com a consequente permanência das situações anteriormente constituídas, deve ser admitida também no que diz respeito à atuação administrativa e mesmo nos casos em que se está diante de uma violação à legislação infraconstitucional. Afinal, "não teria cabimento aplicar disciplina jurídica mais severa para a ilegalidade do que aquela reservada para a inconstitucionalidade"[588].

Logo, é indispensável que se examine, à luz do caso em tela, a necessidade de preservação dos efeitos já produzidos pela relação convencional inválida. Embora não seja viável propor uma solução uniformemente aplicável para toda e qualquer hipótese, cumpre destacar que as peculiaridades inerentes aos acordos substitutivos pendem para a

---

[587] TÁCITO, Caio. Contrato administrativo. Vícios. Saneamento. In: _____. **Temas de Direito Público**: estudos e pareceres, v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 455.
[588] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 288-289.

manutenção dos eventos já consumados, em vista das expectativas geradas pela norma individual e concreta derivada do acordo de vontades.

Há que se reconhecer, ainda, o cabimento da parcial invalidação do ajuste.

O artigo 184 do Código Civil prevê expressamente que "a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável", desde que respeitada a intenção das partes. Indo adiante, dispõe que "a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal".

Em linhas gerais, a proclamação do defeito pode não abranger a integralidade da relação negocial, limitando-se a abarcar as cláusulas viciadas (como, por exemplo, as contrárias à ordem pública), contanto que a vontade das partes seja observada e a irregularidade não atinja a própria essência do negócio.

A questão logicamente adquire contornos próprios no que concerne às relações travadas com a Administração Pública.

Ao que se infere, a proteção conferida pela ordem jurídica à estabilidade autoriza – e até mesmo recomenda – a permanência do vínculo, pelo que não se identifica nenhuma vedação à preservação das demais disposições de um contrato eivado por uma irregularidade passível de afastamento.

Contudo, é imperioso que se verifique, a partir de critérios objetivos, se a cláusula defeituosa afeta ou não o objeto da avença firmada entre o agente estatal e o particular, bem como se as previsões remanescentes são dela dependentes. Não é adequado permitir a preservação do contrato se a parcela invalidada for essencial ao negócio, afetando o próprio equilíbrio interno do acordo de vontades celebrado entre as partes[589].

Tal avaliação deve necessariamente levar em conta os termos do processo administrativo que antecedeu a formalização da relação contratual, em especial a exposição dos motivos que a justificam. Impende "observar a finalidade que ensejou a celebração do contrato e que orientou a estipulação do clausulado"[590].

Ademais, não há que se admitir que a solução em questão seja imposta ao cidadão-administrado, sem que este seja previamente consultado acerca do seu interesse na

---

[589] KLEIN, Aline Lícia. **Os vícios dos contratos administrativos**, p. 87. A despeito de as considerações da autora tratarem dos contratos administrativos submetidos ao regime da Lei 8.666/1993, entende-se que podem ser aplicadas também aos demais acordos de vontade firmados entre a Administração Pública e os particulares.
[590] KLEIN, Aline Lícia. **Os vícios dos contratos administrativos**, p. 88.

manutenção do vínculo. Tendo em vista que o consenso consiste em elemento imprescindível para a formação do acordo substitutivo, é preciso que seja considerado também por ocasião da sua invalidação parcial.

A própria natureza dos módulos convencionais determina a participação de ambas as partes no processo de verificação da possibilidade de manutenção do ajuste inquinado pelo defeito.

De um lado, tem-se que a vontade manifestada pelos sujeitos público e privado estará delimitada pelo posicionamento externado por ocasião da celebração do acordo de vontades – e, por conseguinte, pelos princípios da boa-fé e da proteção da confiança. Ou seja, a ocorrência de um vício que pode ser facilmente afastado, por afetar condição meramente acessória que não repercute no conteúdo da avença, não pode ser invocada como pressuposto para a integral desconstituição do pacto assumido.

De outro, nem a Administração nem o particular podem ser obrigados a se manter vinculados e a dar cumprimento a um compromisso distinto daquele que voluntariamente se propuseram a observar. Em casos tais, em que o vício altera a própria substância do contrato, não será viável limitar a pronúncia da nulidade à cláusula defeituosa.

Ao tratar do controle jurisdicional dos acordos substitutivos e dos limites à sua invalidação, Juliana Bonacorsi de PALMA ressalta que a consensualidade deve ser interpretada como um verdadeiro *standard* para a análise a ser conduzida.

As atribuições conferidas aos agentes administrativos para fins de definição das medidas cabíveis diante das circunstâncias concretamente consideradas e a valorização do exercício negociado das competências estatais impedem que o juiz se substitua ao administrador, pretendendo determinar o desfazimento da solução consensual por reputar que tal alternativa não é a mais adequada frente ao caso sob exame. Incumbe ao julgador adotar uma certa postura de deferência perante o acordo de vontades, levando em conta tanto a negociação havida entre as partes, como a "capacidade institucional da Administração Pública, tecnicamente capacitada para lidar com as matérias atinentes à sua esfera de competência, e o maior grau de proximidade com o problema"[591].

Diante disso, o Poder Judiciário deve deslocar o foco de sua análise para o processo administrativo, de forma a verificar se houve uma negociação processual efetivamente apta a garantir a satisfação das finalidades públicas, com a devida observância de todos os ritos

---

[591] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**, p. 293.

processuais e demais exigências necessárias ao regular desenvolvimento da atuação administrativa consensual, bem como se as cláusulas estabelecidas estão em conformidade com a ordem jurídica. Uma vez identificada a inobservância aos requisitos normativos, o juiz pode invalidar o acordo substitutivo e providenciar o seu encaminhamento ao órgão ou ente competente para que a irregularidade seja sanada[592].

Como ensina Carlos Ari SUNDFELD, um dos critérios restritivos da competência jurisdicional consiste precisamente no reconhecimento de que "a competência anulatória dos juízes é excepcional"[593]. Mesmo que essa visão tenha sido mitigada ao longo do tempo, em virtude do movimento de constitucionalização e da ampliação do controle jurisdicional, as peculiaridades inerentes aos módulos convencionais parecem justificar uma espécie de autocontenção judicial, por conta da preferência à atuação da Administração (enquanto Poder democraticamente constituído) e da situação jurídica subjetiva derivada da convenção firmada entre as partes público e privada.

Por fim, ressalte-se que a pronúncia do vício – seja ela apta ou não a ensejar o desfazimento do contrato – deve sempre se submeter à lógica de procedimentalização que permeia a atividade da Administração Pública e aos ditames do devido processo (legal ou administrativo). A desconstituição do defeito exige a instauração de processo administrativo ou judicial, a fim de que os interessados possam participar ativamente da tomada de decisão, exercendo os direitos de ampla defesa e contraditório que lhes são conferidos pelo ordenamento.

5.3.2.2 O dever de indenizar

O caráter excepcional da invalidação do ajuste é reforçado, ainda, pela constatação de que tal possibilidade pode conduzir à responsabilização estatal em face do particular que agiu de boa-fé e foi lesado pela desconstituição do acordo de vontades.

A ideia de obrigar o agente causador do dano a recompor os prejuízos ocasionados por sua conduta baseia-se no mais elementar sentimento de justiça e é uma garantia social inerente ao próprio Estado Democrático de Direito. O instituto da responsabilidade civil, inspirado no princípio da *restitutio in integrum*[594], surge com a finalidade de vincular aquele

---

[592] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**, p. 293.
[593] SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça, p. 73.
[594] Trata-se de princípio segundo o qual a indenização deverá ser quantificada de acordo com o dano consumado, na medida em que a responsabilidade civil impõe o dever de reparar integralmente o prejuízo

que praticou o comportamento lesivo às consequências por ele ocasionadas, impondo-lhe o dever de reparar os prejuízos acarretados a terceiros.

Em que pese esteja submetida a um regime jurídico próprio, que se preocupa em compatibilizar o dever de reparação do dano com as peculiaridades inerentes à Administração Pública, a responsabilidade civil estatal segue essa mesma lógica[595]. Não bastassem os diversos princípios que a justificam (tais como a legalidade, a isonomia, e a repartição equânime dos ônus e encargos sociais[596]), o ordenamento pátrio conferiu-lhe expresso fundamento constitucional, prevendo que as pessoas jurídicas de direito público "responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros" (§ 6º do artigo 37 da Constituição Federal).

A obrigação de reparar surge também nas hipóteses de desconstituição dos atos e contratos da Administração Pública.

Ora, não faria sentido que o particular que confiou no agente administrativo e na legitimidade de seus atos se visse obrigado a suportar as consequências patrimoniais de uma invalidade que não foi por ele provocada. Disso decorre que, mesmo com o desfazimento do acordo substitutivo, a parte privada terá o direito de ser indenizada por eventuais prestações já cumpridas (como, por exemplo, a realização de investimentos ou a adoção de providências voltadas à concretização do pacto) e por outras perdas e danos verificados, desde que não tenha contribuído para a concretização do vício.

Aliás, ainda que o particular não tenha atuado de boa-fé, a proclamação da irregularidade não autoriza que a Administração se beneficie do cumprimento do acordo de vontades sem que seja devido qualquer ressarcimento à parte privada. Isso equivaleria à sanção de confisco, que não é admitida pela ordem jurídica brasileira[597]. Nessas hipóteses, caberá indenizar o particular por aquilo que efetivamente despendeu em vista da observância

---

sofrido pelo sujeito. A propósito, o artigo 944 do Código Civil estabelece que: "A indenização mede-se pela extensão do dano".

[595] Como mostra Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, "a responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e origem de danos passíveis de serem por ele produzidos e apta a resguardar o patrimônio privado contra os riscos ligados a ações e omissões estatais. Daí que a histórica da responsabilidade do Poder Público reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades do Estado. Progride, continuamente, para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-la. Amplia-se sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar cada vez mais intensamente os interesses privados" (**Curso de direito administrativo**, p. 1030).

[596] A esse respeito, veja-se: ARAGÃO, Alexandre Santos. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. **Revista dos Tribunais - RT**, n. 824, p. 72-81, jun. 2004.

[597] É esse o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, quando trata da vinculação administrativa aos contratos viciados (**Curso de direito administrativo**, p. 415).

do ajuste – o que, por óbvio, não afasta o cabimento de sua eventual responsabilização nas esferas administrativa ou criminal.

Em todo caso, a pronúncia da nulidade deve ser realizada concomitantemente à apuração da indenização devida ao cidadão-administrado.

Diante do regime democrático instaurado pelo texto constitucional, não se admite que o agente administrativo possa simplesmente promover a invalidação de forma unilateral, remetendo o particular à via judicial para obter a reparação que lhe é devida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, buscou-se esclarecer que um dos vetores da evolução do direito administrativo consiste na atenuação do caráter unilateral e impositivo que permeia o agir da Administração em prol de soluções que prestigiem o consenso e a ponderação de interesses.

A ampliação das tarefas públicas e o aumento da complexidade da sociedade contemporânea, notadamente heterogênea e composta por uma pluralidade de interesses merecedores da tutela estatal, demandam a adoção de práticas mais flexíveis, que se amoldem às múltiplas circunstâncias da atuação administrativa e possam atender as novas necessidades socioeconômicas de maneira mais célere e eficiente.

Tal cenário é motivado, ainda, pelo reposicionamento da legalidade em vista do movimento de constitucionalização, uma vez que a lei deixa de ser o único referencial normativo para a disciplina das condutas, passando a conviver com normas de cunho principiológico – o que resulta na valorização de uma normatividade que se estabelece individual e concretamente.

Natural, portanto, que as relações travadas entre a Administração e os cidadãos-administrados tenham se adequado a esse novo contexto.

Embora o ordenamento jurídico pátrio não conte com uma lei geral de processo administrativo que tenha estipulado um permissivo genérico à celebração de acordos entre os sujeitos público e privado, também não se identifica qualquer vedação que possa ser tomada como regra. A gradativa proliferação de diplomas normativos voltados à consagração de instrumentos negociais se soma a diversos outros fatores (tais como a reconfiguração das formas de organização e atuação administrativas, o incremento da participação social nos assuntos públicos, a crescente contratualização da ação administrativa, o reconhecimento da dimensão finalística das normas e institutos jurídico-administrativos *etc.*) para consolidar um ambiente bastante favorável ao consenso.

Ao que se infere, a consensualidade inaugura uma nova forma de relacionamento entre o administrador público e o particular, fazendo com que a imperatividade que antes caracterizava a ação administrativa venha a ser gradualmente superada por mecanismos que primam pelo diálogo e pela concertação de interesses.

É diante dessa conjuntura que os *acordos substitutivos* ganham destaque.

Sem embargo da existência de outros instrumentos consensuais postos à disposição dos agentes administrativos, cujos aspectos gerais foram apresentados no curso da dissertação, entende-se que estes ajustes adquirem especial relevância.

Assim se passa porque, em casos tais, a Administração dispõe de poderes para impor ao particular determinada situação jurídica, mas escolhe atingir o resultado almejado por meio de uma solução consensual, convencionando com o cidadão-administrado o modo de exercício de sua competência. Consequentemente, o acordo de vontades acarreta a substituição da decisão administrativa unilateral e imperativa por uma convenção, permitindo que as partes definam, em conjunto e à luz do caso concreto, as bases da ordem a que pretendem se submeter.

Sob essa ótica, procurou-se demonstrar a natureza contratual dos módulos convencionais.

O aspecto finalístico dos contratos celebrados pela Administração, relacionado à necessária persecução dos fins públicos, não é suficiente para que se pretenda dissociá-los do fenômeno contratual como um todo. Inexiste uma justificativa apta a respaldar uma distinção estanque e absoluta entre as avenças firmadas pelos agentes estatais e os chamados contratos privados, pelo que o contrato – enquanto categoria jurídica – corresponde à figura pertencente à teoria geral do direito.

Tomando como pressuposto os elementos substanciais a serem considerados (diante das perspectivas estrutural e funcional), é possível constatar o enquadramento dos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral como contratos.

A perspectiva estrutural resta atendida pelo fato de que tais ajustes derivam do acordo de vontades entre o administrador e o particular, tendo por objetivo substituir o provimento unilateral do Poder Público e estabelecer, individual e concretamente, um determinado plexo de direitos e obrigações para os envolvidos. Já a perspectiva funcional é confirmada em virtude da importância do pacto enquanto técnica de pacificação social, uma vez que o respeito à palavra dada se solidifica em decorrência do caráter vinculante do compromisso consensualmente celebrado.

Nesse prisma, e considerando que a Administração e a parte privada optam por, deliberadamente, vincular-se às condições estabelecidas de forma bilateral, delimitando a sua conduta em virtude das disposições estipuladas e da confiança delas advinda, estes ajustes se coadunam com a essência do contrato.

A pesquisa também teve o intuito de aclarar a relação que se estabelece entre os acordos substitutivos e a legalidade, a partir dos dois diferentes enfoques que a análise comporta.

Por um lado, tais acordos prescindem da existência de expressa autorização legal para serem firmados. Além de a legalidade ter sido reconfigurada segundo uma concepção ampliativa, que reconhece a normatividade dos valores e princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, a opção por decidir de modo consensual com o destinatário da decisão está implícita na competência atribuída ao agente para que possa decidir unilateralmente e de ofício.

Por outro, os módulos convencionais consistem em verdadeiros mecanismos de criação normativa, eis que resultam no surgimento de uma situação jurídica subjetiva, em que os sujeitos envolvidos assumem obrigações e correlatos direitos. Mesmo que a convenção decorra da aplicação do ordenamento a uma dada circunstância, não se pode negar que a sua celebração produz modificações na esfera dos direitos subjetivos, dando origem a normas individuais e concretas que passam a disciplinar o relacionamento entabulado entre as partes.

Após a exposição dos pressupostos e elementos que compõem a estrutura dos acordos substitutivos, pretendeu-se examinar o seu caráter vinculante e os limites à revisão e modificação dos compromissos estabelecidos por meio do consenso.

Partindo da premissa de que Poder Público tem o dever de adotar a melhor solução possível diante das circunstâncias concretamente consideradas, incumbe ao agente estatal verificar qual mecanismo de atuação é o mais adequado para o devido (e eficiente) atingimento das finalidades de interesse coletivo: o exercício da prerrogativa unilateral e imperativa de atuação ou a sua substituição por uma solução consensual. A opção pelo acordo acarreta o exaurimento da competência discricionária, de modo que a sua consequente formalização vinculará tanto o particular como a própria Administração.

De mais a mais, a autolimitação administrativa – derivada dos condicionantes impostos ao administrador pela sua própria conduta e, por conseguinte, pela incidência de diversos princípios de índole constitucional – alia-se à natureza convencional dos acordos substitutivos para afastar quaisquer dúvidas quanto à vinculatividade dos compromissos consensualmente firmados entre os sujeitos público e privado. Além de o ajuste resultar na criação de uma situação jurídica individual, o titular da competência administrativa e o ente estatal por ele integrado restam autovinculados à decisão tomada, por conta do dever de coerência imposto pelo ordenamento.

Daí porque se pode dizer que a Administração fica duplamente vinculada aos termos do ajuste. Não bastasse a norma individual e concreta que se estabelece a partir da convenção firmada, a segurança jurídica e os princípios da moralidade, isonomia, boa-fé e proteção da confiança igualmente determinam a estabilização do relacionamento travado entre o agente administrativo e o cidadão-administrado.

Raciocínio semelhante pode ser aplicado em relação à vinculação do particular à vontade por ele externada. O caráter vinculante dos acordos substitutivos consiste numa via de mão-dupla: se, sob uma perspectiva, a parte privada pode exigir do administrador o cumprimento das obrigações avençadas; sob outra, tem o dever jurídico de agir consoante os parâmetros e condições derivados da postura por ela adotada e da situação jurídica estabelecida.

Significa dizer que a regra geral da estabilidade é potencialmente mais sólida em relação aos módulos convencionais, na medida em que estes pressupõem, em si mesmos, a aplicação do direito ao caso concreto, derivando da vontade do particular e da autocontenção voluntária e intencional da Administração.

É possível cogitar, inclusive, da caracterização de uma espécie de confiança qualificada. Tendo-se em vista que o ajuste pressupõe a procedimentalização de um amplo processo de negociação, resultando na estruturação de uma solução construída sob medida pelas partes, é razoável que a expectativa gerada seja ainda mais firme do que aquela que deriva de uma promessa administrativa unilateral ou da subsunção de uma determinada circunstância à norma geral e abstrata derivada do legislador.

Como decorrência, e considerando que o pacto celebrado cristaliza um conjunto de direitos e obrigações tido como satisfatório por ambos os envolvidos, a sua modificação deve necessariamente ser tida como uma situação excepcional.

O aperfeiçoamento da convenção consolida o acordo de vontades delineado. Assim sendo, a alteração das condições estipuladas dependerá da observância dos efeitos jurídicos já consumados e da adoção da mesma sistemática utilizada por ocasião da celebração do compromisso original, derivando de processo administrativo que evidencie a necessidade de modificação e formalize o consenso das partes quanto ao seu cabimento e conteúdo, a fim de que sejam apresentados os fundamentos que amparam as novas disposições convencionadas. Essa mesma lógica é aplicável também à revisão dos compromissos, por razões outras que não a ocorrência de eventuais vícios.

A desconstituição do vínculo firmado entre a Administração e o particular deve observar os casos estritamente previstos no instrumento firmado. Também é viável que o

acordo substitutivo seja afastado mediante deliberação consensual nesse sentido – hipótese esta que pressupõe exposição dos motivos pelos quais a manutenção da avença (antes tida como a melhor solução em face das circunstâncias concretas) não mais se justifica.

Nessa esteira, impende reconhecer que o regime jurídico diferenciado usualmente aplicável aos contratos administrativos em sentido estrito, caracterizado pela existência de prerrogativas de ação unilateral e autoexecutória da Administração, é absolutamente incompatível com os acordos substitutivos. A relação convencional destina-se justamente a afastar a imperatividade, de modo que admitir a modificação ou extinção unilateral dos compromissos consensual firmados implicaria destituir-lhes de qualquer utilidade prática.

Sem qualquer pretensão de exaurir o enfrentamento da matéria, e nem muito menos de identificar todos os possíveis parâmetros limitativos a serem observados para a revisão e modificação dos ajustes, o trabalho procurou pontuar aqueles que parecem merecer maior atenção. Destacou-se, assim, que os vínculos já constituídos restam imunizados pela impossibilidade de retroação da interpretação administrativa, pela proteção conferida ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito e pela tutela à confiança legítima.

No que concerne ao controle da atuação consensual da Administração, importa reconhecer a paulatina consolidação de uma visão finalística, que considera a funcionalidade das normas e institutos jurídico-administrativos. A validade da ação administrativa deixa de ser examinada apenas sob o enfoque da sua compatibilidade com a lei (enquanto norma geral e abstrata emanada do Poder Legislativo), passando a contemplar também a análise da sua aptidão para cumprir, de forma adequada e eficiente, com as finalidades que a legitimam.

Isso repercute nos fins da própria atividade controladora. O controle apenas se justifica em vista da persecução das necessidades coletivas que busca tutelar, pelo que não se deve admitir que seja exercido como uma mera formalidade ou que venha a se dissociar do atingimento dos resultados que devem norteá-lo.

Ainda que se repute inviável estabelecer um elenco exaustivo, a dissertação tencionou ilustrar as diferentes categorias de vícios que podem incidir sobre os módulos convencionais para, em seguida, examinar os limites que se apresentam em relação à invalidação de tais ajustes.

Buscou-se demonstrar que a anulação não consiste numa consequência necessária e nem muito menos automática da identificação de um determinado defeito. Muito pelo contrário: a normatividade individual e concreta delineada a partir do acordo de vontades se conjuga à segurança jurídica, à presunção de legitimidade dos atos administrativos e aos

princípios da boa-fé e da proteção da confiança para consagrar um cenário tendente à estabilização dos compromissos consensualmente firmados.

Isto posto, é imperioso assinalar a excepcionalidade do desfazimento dos acordos substitutivos.

Sempre que possível, as irregularidades constatadas devem ser supridas, a fim de que se restabeleça a ordem jurídica violada, de forma a permitir a preservação, em sua plenitude, das situações de fato e de direito já estabelecidas. Uma vez verificada a viabilidade da convalidação do ajuste, a autoridade competente não poderá se negar a adotar as providências necessárias para tanto.

Há que se admitir também o cabimento da manutenção da eficácia da relação convencional potencialmente inválida, mesmo nas hipóteses em que a correção do vício não é cabível. Em determinadas hipóteses, o surgimento de circunstâncias merecedoras de proteção – seja pelo transcurso do tempo, pela tutela que lhes é conferida pelo ordenamento ou, ainda, pelos prejuízos que poderiam advir da sua eventual desconstituição – impõe a preservação dos efeitos do compromisso assumido pelas partes, impedindo a pronúncia do defeito.

Nada obstante, não se pode ignorar que a gravidade da lesão por vezes determina a anulação do vínculo, fazendo com que a proclamação da invalidade consista na única alternativa para a recomposição da ordem jurídica. Os efeitos da invalidade proclamada (*ex nunc* ou *ext tunc*) devem considerar a devida ponderação dos múltiplos interesses em conflito e do próprio impacto da medida de controle, podendo ser modulados de acordo com as especificidades da situação sob análise.

Além disso, a desconstituição do ajuste pode não abranger a integralidade do módulo convencional, restringindo-se às cláusulas viciadas, desde que a vontade das partes seja observada e a irregularidade não atinja a própria essência da convenção.

O caráter excecional da invalidação é confirmado, ainda, pela constatação de que tal possibilidade é apta a conduzir à responsabilização estatal em face do particular que foi lesado pelo desfazimento do acordo de vontades.

Evidentemente, a pesquisa desenvolvida não tem a pretensão de exaurir o enfrentamento do tema. Objetivou-se apenas estimular a reflexão e o debate acerca da matéria, incentivando, assim, a formulação de alternativas mais adequadas frente aos acordos substitutivos da decisão administrativa unilateral.

Os ajustes firmados consolidam a solução conjuntamente delineada pelas partes em face das circunstâncias concretamente consideradas, aplicando o direito ao caso concreto e

estabelecendo um equilíbrio interno considerado satisfatório por ambos os sujeitos envolvidos. Tal cenário traz novos desafios à teoria do direito administrativo, tanto em termos de compreensão da sua inclusão ou não no sentido de legalidade (e por conseguinte no que se refere à sua natureza vinculante) como no que tange aos limites à sua modificação e invalidação.

Com efeito, de nada adianta reconhecer a possibilidade de ação consensual da Administração Pública se os compromissos por ela firmados não forem vistos à luz das peculiaridades que lhes são próprias. Não é razoável que as disposições consensualmente entabuladas deixem de ser observadas ou que se lhes pretenda conferir o mesmo tratamento atribuído aos contratos marcados por prerrogativas unilaterais e imperativas de ação, desconsiderando a sua essência convencional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

AFONSO DA SILVA, José. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Giuffrè: Milão, 1960.

ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 3, n. 13, p. 11-43, jul./set. 2003.

ALLEGRETI, Umberto. I controlli sull'amministrazione dal sistema classico all'innovazione: le problematiche generali. In:_____. **I controlli amministrativi.** Bolonha: Il Mulino, 1995.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

_____. **Direito civil**: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. **Revista dos Tribunais – RT**, n. 824, p. 72-81, jun. 2004.

_____. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 387, p. 23-36, set./out. 2006.

_____. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista de Direito do Estado – RDE**, ano 1, n. 4, p. 231-244, out./dez. 2006.

_____. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Direito do Estado – RDE**, n. 1, p. 155-173, jan./mar. 2006.

_____. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. **Interesse Público**, n. 57, p. 11-30, set./out. 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico administrativo**. São Paulo: RT, 1992.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **O direito público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Princípios e regras e a segurança jurídica. **Revista de Direito do Estado – RDE**, ano 1, n. 1, p. 189-206, jan./mar. 2006.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, v. 6, n. 23, p. 9-30. out./dez. 2008.

_____. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Ciência do Direito, Negócio Jurídico e Ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. **Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 10, n. 40, p. 219-313, abr./jun. 2010.

_____. O contrato como categoria jurídica. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). **Contratações públicas:** estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BAGATIN, Andreia Cristina. A Natureza Jurídica dos "Acordos" Previstos pela Lei 8.884/94. In: MOREIRA, Egon Bockman; e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias.** São Paulo: RT, 1968.

_____. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. A estabilidade dos atos administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, n. 48, p. 77-83, jan./mar. 2004.

_____. Controle Judicial dos Atos Administrativos. In:_____. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, n.º 51/52, p. 5-11, 2009.

_____. Estado de Direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Curso de direito administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BÉNOIT, Francis-Paul. **Le droit administratif français**. Paris: Dalloz, 1968.

BERGERON, Gérard. Pouvoir, contrôle et régulation. **Sociologie et sociétés**, v. 2. n. 2, p. 227-248, nov. 1970.

BINENBOJM, Gustavo. Constitucionalização do direito: a constitucionalização do direito administrativo no Brasil – um inventário de avanços e retrocessos. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 6 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **O positivismo jurídico** – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BORGES, Alicia Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista de Direito do Estado – RDE**, n. 03, p. 137-153, jul./set. 2006.

CALMES-BRUNET, Sylvia. Quelle consécration du principe de sécurité juridique en droit administratif français? In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Arbitragem nos conflitos envolvendo as agências reguladoras. **Revista de Direito da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, n. 11, p. 145-155, 2002.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciado. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**. São Paulo: Freitas Bastos, 1958, v.1.

CANGELLI, Francesca. **Potere discrezionale e fattispecie consensuali**. Milão: Giuffrè, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, David Pereira. Os acordos substitutivos do Direito Administrativo. Negócio jurídico privado, contrato de direito público ou ato administrativo bilateral? **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 13, n. 49, p. 59-77, jan./mar. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO, Gustavo Marinho. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Repertório enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, [s.d.], v. XII.

CASETTA, Elio. **Manuale di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

_____. Algunas Reflexiones sobre la Evolución y Vigencia Actual del Contrato Administrativo. **Interesse público**, v. 9, n. 41, p. 121-139, jan./fev. 2007.

CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 1, p. 27-40, 2002,

_____. Tendenze e problemi del diritto amministrativo. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, n. 4, p. 901-912, 2004.

_____. **A crise do Estado.** Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CHAPUS, René. **Droit administratif général**, t. 1. 13 ed. Paris: Montchrestien, 2001.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. A Governança e o Direito. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE,** ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005.

CHIAPPINELLI, Carlo; CONDEMI, Luigi; CIPOLLONI, Maria Chiara. **Programmazione, controlli, responsabilità nelle pubbliche amministrazioni.** 2 ed. Milão: Giuffrè, 2010.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Livraria da Globo, 1939.

_____. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro** (revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini). 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro**: teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 84, p. 46–63, out./dez. 1987.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito publico e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei 9.784/1999). **Revista Brasileira de Direito Público** – **RBDP**, ano 2, n. 6, p. 7-59, jul./set. 2004.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodium, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. Negócio jurídico administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 164, p. 29-49, abr./jun. 1986.

CUNHA FILHO, Alexandre. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, ano 4, n. 7, p. 9-18, mar./ago. 2015.

CUNHA GONÇALVES, L. C. **Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro**, v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1951.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAMONTE, Roberto. **Atti, accordi, convenzioni nella giustizia amministrativa**. Padova: 2002.

D'EUFEMIA, Giuseppe. **L'Autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo**. Milão: Giuffrè, 1942.

DE OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato administrativo.** 6 ed., São Paulo: RT, 2014.

_____. Como a teoria do ato administrativo pode ser aproveitada na prática da consensualidade. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011, p. 237-261.

_____. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico.** 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DÍEZ-PICAZO, Luis Mª. La Doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 98, p. 7-46, mai./ago. 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista dos Tribunais – RT**, v. 101, n. 926, p. 51-78, dez. 2012.

_____. Participação popular na Administração Pública. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, n. 59, p. 226-239, jan./mar. 2013.

_____(Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, n. 8, nov./dez. 2006. Disponível em http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em 5 de janeiro de 2017.

_____. **Direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Paris: Fontemoing & C. Éditeurs, 1911 (t. 1).

_____. **Manuel de Droit Constitutionnel.** 4 ed. Paris: Boccard Éditeur, 1923.

_____. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3 ed. Paris: Fontemoing & Cie, 1927 (t. 1), 1928 (t. 2) e 1938 (t. 3).

_____. **L'État, le Droit Objectif et la Loi Positive**. Paris: Dalloz, 2003.

_____. **Lecciones de derecho público general**. Tradução de Javier García Fernández. Madri: Marcial Pons, 2011.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 5 ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 56, p. 48-71, abr./jun. 1959.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo.** Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **A Fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FAVOREU, Louis. Légalité et constitutionnalité. In:_____. **Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n 3. Paris: Dalloz, 1997.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; SCHOLZE, Victor. Novo CPC e solução consensual de conflitos na Administração Pública. **Revista Jus Navigandi**, ano 20, n. 4517, nov./2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/44481. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual. A Audiência Pública e sua finalidade. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 230, p. 237-250, out./dez. 2002.

_____. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FINK, Daniel Roberto. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

FLORES LENZ, Carlos Eduardo Thompson. Limites à revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 10, n. 39, p. 53-65, jul./set. 2012.

FRACCIA, Fabrizzio. **L'Acordo Sostitutivo**: studio sul consenso disciplinato dal Diritto Amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere. Pádua: CEDAM, 1998.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.

FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Segurança jurídica e invalidade dos contratos administrativos. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FREITAS, Juarez. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. In:_____. **Estudos de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FUX, Luiz. **Jurisdição constitucional**: democracia e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAUDIN, Jean-Pierre. **Gouverner par contrat**. Paris: Presses de Science Politique, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de derecho administrativo.** 14 ed. Madri: Civitas, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1993.

_____. **Istituzioni di diritto amministrativo**. 2 ed. Milão: Giuffrè, 2000.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. 2 ed. São Paulo: RT, 1980.

_____. **Contratos**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. **Contrato administrativo**: tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Pedro. **O contracto administrativo**: uma instituição do direito administrativo de nosso tempo. Coimbra: Almedina, 2003.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais e direito público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977.

_____. **Tratado de Derecho Administrativo**: el acto administrativo, t. 3. 10 ed. Buenos Aires: F.D.A., 2011.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Tradução de José Maria Lujambio. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Madri: Trotta, 2003.

GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo. Teoria geral dos contratos aplicada aos contratos administrativos. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (Org.). **Leituras Complementares de Direito Administrativo**: licitações e contratos. Salvador: JusPodium, 2012.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Atualidade sobre o controle judicial dos atos regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, n. 21, abr./mar. 2010.

_____. Agencificação no Brasil: causas e efeitos no modelo regulatório. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC**, v. 2, n. 12, p. 183-204, set. 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAUSO, Pierpaolo. **Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati**. Milão: Giuffrè, 2007.

GRECO, Guido. Il regime degli accordi pubblicistici. **Autorità e consenso nell'attività amministrativa**. Milão: Giuffrè, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, p. 187-197, 2009.

HACHEM, Daniel. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAURIOU, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 1, n. 2, p. 465-473, abr.1945.

HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administratif**. Paris Recueil Sirey. Livre Premier, 1938.

_____. **Précis de Droit Administratif et Droit Public Géneral**. Paris: Larose, 1990.

_____. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Dalloz, 2002.

IANNOTA, Lucio. Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione. **Rivista di Diritto Amministrativo**, v. 7, p. 57-110, 1999.

_____. Economia, diritto e politica nell'amministrazione del resultado. **Rivista on line della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze**, ano 3, n. 5. Disponível em: http://www.rivista.ssef.it/www.rivista.ssef.it/site07f1.html?page=20050110084856123&edition=2010-02-01. Acesso em 15 de setembro de 2017.

Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative: l'arte di amministrare. **Diritto processuale amministrativo**, v. 23, n. 1, p. 1-51, jan. 2005.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. Verso de la contrattazione dell'area del pubblico: la amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune. In: CASSESE, Sabino; GUARINO, Giuseppe (Org.). **Dallo Stato monoclasse ala globalizzazione**. Milão: Giuffrè, 2000.

_____. **Corso di diritto amministrativo.** Torino: Giappichelli, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, São Paulo, v. 26, p. 115-136, 1999.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Curso de direito administrativo.** 12 ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17 ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. O Direito Administrativo do Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JÈZE, Gaston. Théorie Générale des Contrats de L'Administration. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**, t. XLVII, n. 1, 37º année. Paris: Marcel Giard, 1930.

_____. Notes de Jurisprudence – Théorie du Contrat Administratif. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**, t. LX, n. 1, 51º année. Paris: Marcel Giard, 1945.

_____. **Principios Generales del Derecho Administrativo**, v. 4, tomo 1. 3 ed. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950.

_____. **Le principes généraux du droit administratif**, t. 2. 3 ed. Paris: Dalloz, 2004.

KELSEN, Hans. La Théorie Juridique de La Convention. **Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique**, ano 10, n. 1-4. Paris: Recuiel Sirey, 1940.

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do Direito**. 2 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KIRBY, Mark Bobela-Mota. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos**: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Lisboa: Coimbra Editora, 2011.

KLEIN, Aline Lícia. **Os vícios dos contratos administrativos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2005.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Noeira. 5. ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LEFEVRE, Mônica Bandeira de Mello; e VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Responsabilidade civil do Estado enquanto agente fomentador. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC**, ano 1, v. 2, p. 215-244, set./out. 2013.

LÔBO, Paulo **Contratos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOS MOZOS, José Luis de. **El principio de la buena fe**: sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona: Bosch, 1965.

MAIRAL, Héctor. **La Doctrina de los propios actos y la Administración Pública**. Buenos Aires: Depalma, 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 8 ed. São Paulo: RT, 2002.

MARCUS, Richard. L. et al. **Civil procedure**: a modern approach. 5 ed. St. Paul: West Publishing, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, v. 107, p. 74-81, dez/2009.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord). **A Nova Organização Administrativa Brasileira**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Os grandes desafios do controle. **Fórum de Contratação e Gestão pública – FCGP**, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

_____; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, v. 08, n. 31, p. p. 51-68, out./dez. 2010.

_____. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Os caminhos do ato administrativo.** São Paulo: RT, 2011.

_____. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law.* **Revista de direito administrativo – RDA**, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015.

_____. 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.

_____; e MOREIRA, Egon Bockman. Uma lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas:** desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

_____. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

_____. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, p. 23-51. 2014. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/73561. Acesso em 17 de julho de 2017.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público**. 3 ed. São Paulo: RT, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistemática e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000.

_____. Contratos: conceito e evolução. p. 56-57. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

MAURER, Harmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

MATOS, Federico Nunes de. O contrato administrativo como alternativa ao ato administrativo unilateral: breve análise jurídico-comparada. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP***,* Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 9-22, jun. 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 11, n. 41, p. 93-110, jan./mar. 2006.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.), **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

_____. **Controle da Administração Pública**. 3 ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Direito administrativo moderno**. 20 ed. São Paulo: RT, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano validade. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. 1 ed., 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. A Distinção entre "Público" e "Privado" Aplicada aos Contratos Celebrados pela Administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Princípios da Administração Pública e Segurança Jurídica: In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: **Nova Organização Administrativa Brasileira**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Autovinculação da Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, ano 8, n. 29, p. 9-27, abr./jun. 2010.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2 ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed., São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 243, p. 22-26, set./dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A interdisciplinaridade no ensino jurídico: a experiência do direito civil. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. Paris: Montchrestien, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. **Revista de informação legislativa**, v. 25, n. 97, p. 133-154, jan./mar. 1988.

_____. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

_____. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados da Administração Pública. **Fórum Administrativo – FA**, ano 6, n. 67, p. 7801-7810, set. 2006.

_____. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, n. 13, mar./abr./mai. 2008.

_____. O paradigma do resultado. **Fórum Administrativo – FA**, ano 9, n. 100, p. 77-84, jun. 2009.

_____; e GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, ano 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

_____. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2012.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition**: toward responsive law. 2 ed. Nova Iorque: Routledge, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. SCHWANKA, Cristiane. A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública do Século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito do Estado – RDE**, n. 10, p. 271-288, abr./jun. 2008.

_____. Governança Pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, ano 6, n. 23, p. 137-144, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Administração pública democrática e efetivação de direitos fundamentais. **Fórum Administrativo – FA**, v. 8, p. 7-20, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**, 6 ed. São Paulo: RT, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

_____. **Direito administrativo sancionador**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina: Coimbra: 2003.

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

_____. A teoria do ato administrativo e a prática da consensualidade. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo.** São Paulo: RT, 2011.

_____. Acordos para ajuste de conduta em processos punitivos das agências reguladoras. In: BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; e PINHEIRO, Luis Felipe Valerim (Coords.). **Direito da infraestrutura**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, César A. Guimarães; e TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: **Arbitragem e poder público.** São Paulo: Saraiva. 2010.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. O negócio jurídico administrativo. In: MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo.** São Paulo: RT, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIELOW, Johann-Christian. Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la Administración. In: MUÑOZ, Guillermo A.; SALOMONI, Jorge. L. **Problemática de la Administración Contemporánea**: una comparación europeo-argentina. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. IV. 4 ed. São Paulo: RT, 1983.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Tradução de Adrian Soterro de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

POUYAUD, Dominique. **La nullité des contrats administratifs**. Paris: L.G.D.J, 1991.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito urbanístico contratual**: dos atos negociais aos contratos de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. A aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil aos processos administrativos. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Processo e Administração Pública**. Salvador: JusPodium, 2016.

RICHER, Laurent. **Droit des contrats administratifs**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2008.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 17 ed. Paris: Dalloz, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica***:* direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROUBIER, Paul. **Droits Subjectifs e Situations Juridiques**. Paris: Dalloz, 1963.

SAINZ MORENO. Seguridad jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, n. 55, p. 13-27, 2011.

SARAVIA, Enrique. Governança social no Brasil contemporâneo. **Revista Governança Social**, ano 3, ed. 7, Belo Horizonte, dez. 2009/mar. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/491560/GOVERNAN%C3%87A_SOCIAL_NO_BRASIL_CONTEMPOR%C3%82NEO. Acesso em 7 de fevereiro de 2017.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos *versus* interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revisa de Direito do Estado – RDE,** n. 2, p. 83-118, abr./jun. 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2014.

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e Legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, v. 07, n. 27, p. 67-93, out. /dez. 2009.

_____. Limitações à possibilidade de anulação dos atos administrativos. **Revista de Direito do Estado – RDE***,* São Paulo, ano 2, n. 8, p. 195-219, out./dez. 2007.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWIND, Rafael; e KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Processo e Administração Pública**. Salvador: JusPodium, 2016.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da contribuição do Código Civil para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 78, p. 1-25, out./dez. 1964.

_____. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ticiano Alves; e ARAUJO, Liege Cunha. Teoria dos precedentes administrativos: uma apresentação. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC**, v. 20, ano 3, p. 123-135, set./out. 2015.

SOUZA, Teresa Cristina de. A classificação dos atos jurídicos de Léon Duguit e a concepção dos contratos no direito administrativo. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; e DE MATOS, Federico. **Contrato administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SOUZA, Motauri Ciochetti. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

STEINER, Renata C. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, n. 79, p. 132-138, 1986.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE,** ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

_____. Princípio é preguiça? In: **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. A substância da autorização como ato jurídico perfeito protegido de alteração regulatória unilateral. In:_____. **Direito administrativo econômico**, v. 1. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.

TÁCITO, Caio. Transformações do direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, n. 214, p. 27-34, out./dez. 1998.

_____. Contrato administrativo. Vícios. Saneamento. In:_____. **Temas de Direito Público**: estudos e pareceres, v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada. In:_____; e JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias Público-Privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von (Coords.). **Temas de direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor Luis Gastão Paes de Barros Leães**. São Paulo: Malheiros, 2014.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução.** 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A transação no direito antitruste brasileiro. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo. In:_____; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VASTA, Stefania. **La revoca degli atti amministrativi consensuali**. Parma: CEDAM, 2004.

VEDEL, Georges. **Droit administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

_____. **Manuel élémentaire de droit constitutionnel**. Paris: Dalloz, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral e teoria geral das obrigações e contratos. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**. 4 ed. Milão: Giuffrè, 1972.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro. Madri: Civitas, 1986.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil - ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. Madri: Trotta, 1995.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. 5 ed., v. I. Milão: Giuffrè, 1947.